# Der Vergleich im Zivilprozesse.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Kgl. Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Paul Schenkel.

München, 1905.

Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei Dr. C. Wolf & Sohn.

# Der Vergleich im Zivilprozesse.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Kgl. Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Paul Schenkel.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

München, 1905.

Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei Dr. C. Wolf & Sohn.

Referent:

**Herr Professor Dr. Rümelin in Tübingen.**

# Inhaltsübersicht.


Seite

Einleitung . . . . . 5—6
Litteraturübersicht . . . . . 7—8

I. Kapitel.

**Gegenwärtiger Stand der Frage nach dem Wesen des Prozeßvergleiches.**

§ 1. Allgemeine Übersicht . . . . . 9—10

§ 2. I. Die rein privatrechtliche Theorie.
1. Eccius . . . . . 11—16
2. Jünger . . . . . 16—21
3. Küntzel . . . . . 21—23
4. Oertmann . . . . . 23—24
5. Entscheidungen . . . . . 24—25
6. Die Motive zum D. B.GB. . . . . 25

§ 3. II. Der Standpunkt Kohlers und Trutters.
1. Trutter . . . . . 25—28
2. Kohler . . . . . 28—31

§ 4. III. Die gemischten Theorien.
1. Wach . . . . . 32—34
2. Wachenfeld . . . . . 34—35
3. Muskat . . . . . 35—38
4. Brettner . . . . . 38—39
5. Planck . . . . . 39—44
6. Troeltsch . . . . . 45—54
7. Kretschmar . . . . . 55—62
8. Wolf . . . . . 62—67
9. Kleinfeller . . . . . 68—70
10. Hedemann . . . . . 70—71
11. Entscheidungen . . . . . 71—73

§ 5. IV. Die rein prozeßrechtliche Theorie.
1. Der Standpunkt Pauls . . . . . 73—87
2. Bülow u. Dämmig . . . . . 87—89
3. Entscheidungen . . . . . 89—91

II. Kapitel. Seite

**Wesen des Prozeßvergleiches.**


§ 6. 1. Die Grundauffassung . . . . . 92— 94

§ 7. 2. Der Vergleich des bürgerlichen Rechtes im allgemeinen 94—107
3. Der Vergleich der Zivilprozeßordnung im besonderen.

§ 8. A. Voraussetzungen . . . . . 107—123

§ 9. B. Inhalt des Prozeßvergleiches . . . . . 123—128

§ 10. C. Wirkungen des Prozeßvergleiches . . . . . 128—135

§ 11. D. Legitimation des Nebenintervenienten, des Rechtsvorgängers im Sinne des § 265 CPO. und der Streitgenossen zum Abschlusse eines Prozeßvergleiches . . 135—140

§ 12. E. Anfechtung des Prozeßvergleiches . . . . . 140—145

§ 13. F. Abänderlichkeit des Prozeßvergleiches . . . . . 145—148

§ 14. Schlußbemerkungen . . . . . 148—152

# Einleitung.

Schon mehrfach ist der „Prozeßvergleich" monographisch behandelt worden.[1]) Trotzdem hat es der Verfasser unternommen, nochmals mit einer Arbeit über diesen Stoff hervorzutreten. Maßgebend hiefür war einmal das Inkrafttreten des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898, welche Gesetze in den meisten bisherigen Schriften noch gar nicht, jedenfalls in keiner eingehend berücksichtigt sind, besonders aber die Behandlung des Stoffes von einem etwas anderen Standpunkte aus, als dies bisher geschehen ist.

Die große praktische Bedeutung der Frage nach Natur und Wirkung des Prozeßvergleiches ist jedem klar, der nur einige Zeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten praktisch gearbeitet hat. Man vergleiche insbesondere auch die große Anzahl der hierüber ergangenen und veröffentlichten Entscheidungen oberer Gerichtshöfe. Andererseits wird keinem entgehen, wie groß der Zwiespalt der Ansichten über diese Frage ist. Nicht weniger als drei Hauptansichten stehen sich einander feindlich gegenüber.

Es soll nun gleich im voraus bemerkt werden, daß es sich hier nicht darum handeln kann, die Zahl der Ansichten um eine neue zu vermehren, sondern es soll hier nur die Beantwortung der Frage versucht werden: Wie kommt es zu der Verschiedenheit der Ansichten über das Wesen des heutigen Prozeßvergleiches? Ist diese Verschiedenheit wirklich eine notwendige Folge der Fassung des Gesetzestextes? Oder sollte man doch nicht bisweilen über das Ziel hinausgeschossen sein und den Boden des Gesetzes verlassen haben, einesteils mit vollem Bewußtsein, meist aber ohne

[1]) Vgl. hierzu die Litteraturübersicht S. 7 fg.

überhaupt zu erkennen, daß das Gesetz die Frage nach Wesen und Wirkung des Prozeßvergleiches bei näherem Zusehen doch beantwortet und zwar, wenigstens nach Ansicht vieler Schriftsteller, in auch de lege ferenda meist zu billigender Weise?

Somit ist klar, daß es sich in dieser Arbeit hauptsächlich mit um eine Besprechung der bisherigen Litteratur und Rechtsprechung über den Prozeßvergleich handelt. Dieser Besprechung ist daher ein besonderes Kapitel gewidmet worden.

In ihm sollen der Stand der Frage nach Wesen und Wirkung des Prozeßvergleichs einmal genauer darzulegen und die verschiedenen Argumente gegeneinander abzuwägen versucht werden. Für eine Geschichte des Prozeßvergleichs dürfte sonach schon wegen des ziemlich großen Umfangs obiger Aufgabe kein Raum sein. Übrigens ist bereits die Geschichte des Prozeßvergleichs in dem historischen Teil der Arbeit von Kretschmar, Der Vergleich im Prozesse, Leipzig 1896 (s. auch die Litteraturübersicht) erschöpfend behandelt worden.

Die Litteratur des Prozeßvergleichs ist im ersten Kapitel derartig eingehend berücksichtigt, daß ein nochmaliges Eingehen auf dieselbe im zweiten Teile dieser Arbeit vermieden werden mußte. Indessen sind bei Behandlung der Einzelfragen einige diese betreffende wichtige, insbesondere neuere Entscheidungen und Abhandlungen angeführt, welche im ersten Teile keine Rolle spielen konnten. Die Kommentare, welche naturgemäß kaum je eine eingehendere Begründung ihrer Ansichten geben, sind nur dann ausdrücklich angezogen, sobald sie hinsichtlich einer Einzelfrage Besonderheiten bieten.

Schließlich ist noch vorauszuschicken, daß für diese Abhandlung der Vergleich im Sühneverfahren (§§ 510, 794 Nr. 2 CPO.) als außerhalb des Prozesses liegend außer Betracht zu bleiben hat (vergl. hierüber II. Kapitel § 8 S. 109).

Die Paragraphen der Gesetze sind stets nach der Nummer zitiert, die sie nach der neuesten Fassung derselben haben; auch hier angezogene Zitate aus anderen Schriftstellern sind daher eventuell dementsprechend geändert worden.

# Litteraturübersicht.

A. Schriften, die sich mit dem Prozeßvergleich ausschließlich beschäftigen:

Kretzschmar, Der Vergleich im Prozeße. Eine historisch-dogmatische Untersuchung. Leipzig 1896.

Paul, Der Vergleich im Zivilprozeß. Ein Beitrag zu der Lehre von den Urteilssurrogaten. Leipzig 1898.

Tröltsch, Über den Prozeßvergleich im geltenden Rechte. Erlanger Inaugural-Dissertation ohne Jahreszahl.

Wolfs Aufsatz über den Prozeßvergleich im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 88. S. 153 fg.

B. Allgemeinere Werke, in denen der Prozeßvergleich eingehend behandelt wird:

Brettner, In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 25. 1881. S. 318 fg.

Bülow, Geständnisrecht. Freiburg i/B. 1899. S. 75.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. Berlin. 2. Aufl. 1899.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gem.-preuß. Privatrechtes. Berlin. 6. Aufl. 1892/93. 7. Aufl. 1896/97.

— In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 28. 1884. S. 273—76 und Bd. 30. 1886. S. 457 fg.

Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft. Mannheim 1889.

Hedemann, Der Vergleichsirrtum nach dem Recht des Deutschen Reiches. Jena 1903.

Hellmann, bei Busch, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 17. 1892. S. 1 fg.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

— Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Jünger, Prozeßvollmacht und Legitimation zum Abschluß eines Vergleiches nach der deutschen Zivilprozeßordnung. Neuwied 1890.

Keidel, Blätter für Rechtsanwendung. Erg.-Bd. 15. S. 129.
Kleinfeller, In Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 35. S. 226. Bd. 41. S. 419 fg.
Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.
— bei Busch, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 12. 1888. S. 117.
— Im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 72. S. 1 fg. Bd. 80. S. 142, 286, 287.
— bei Gruchot. Bd. 31. 1887. S. 496, 504, 505.
— bei Busch. Bd. 29. 1901. S. 39 fg.
Küntzel, In Gruchots Beiträgen. Bd. 24. 1880. S. 776 fg.
— In Gruchots Beiträgen. Bd. 25. 1881. S. 327 fg.
— In Gruchots Beiträgen. Bd. 28. 1884. S. 276 fg.
Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl. 1898.
Muskat, Bödikers Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart. Bd. 8. 1887. S. 201 fg.
Örtmann, Der Vergleich im gemeinen Zivilrecht. Berlin 1895.
Paul, Im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 3. 1893. S. 60 fg.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. Nördlingen 1887.
Stegemann, bei Busch. Bd. 17. 1892. S. 380.
Trutter, Über prozessualische Rechtsgeschäfte. München 1890.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. Leipzig 1888.
— In Gruchots Beiträgen. Bd. 30. 1886. S. 799 fg.
Wachenfeld, Im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 64. S. 201 fg.
Die notwendige Streitgenossenschaft des § 59 CPO. Hannover 1894.

Von den Kommentaren zur Zivilprozeßordnung seien erwähnt:

Gaupp-Stein, 6/7. Aufl. Tübingen 1904.
Petersen-Anger, 4. Aufl. Lahr 1899/1900.
Seuffert, 8. Aufl. München 1901/1903.
Struckmann-Koch, 8. Aufl. Berlin 1901.
Reincke, 5. Aufl. Berlin 1904.
Wilmowsky-Levy, 7. Aufl. Berlin 1895.

## I. Kapitel.

# Gegenwärtiger Stand der Frage nach dem Wesen des Prozeßvergleiches.

### § 1.

### Allgemeine Übersicht.

Der Streit in Theorie und Praxis beschränkt sich nicht auf einzelne Wirkungen des Vergleiches im Prozesse, im Gegenteil: schon über das Wesen desselben, seine Natur, herrscht Streit. Wie gesagt, bestehen hierüber drei sich feindlich gegenüberstehende Hauptansichten.

Die einen erklären den Prozeßvergleich für einen rein privatrechtlichen Vertrag, dem nur um deswillen, weil er von zwei Kontrahenten in einer gewissen Situation und in einer hierdurch gegebenen besonderen Absicht geschlossen wird, die Wirkung der Vollstreckbarkeit verliehen worden sei. Einige behaupten nun, daß dieser Vergleich auch auf die prozessuale Situation selbst einen Einfluß habe, indem der Prozeß zur Beendigung gebracht, d. h. nicht nur materiell gegenstandslos werde, sondern auch formell sein Ende erreiche. Hieraus entwickelt sich die zweite Hauptansicht, die den Vergleich nicht nur als privatrechtlichen Vertrag ansieht, sondern zugleich als Prozeßhandlung; denn wenn ein Vergleich unter bestimmten Voraussetzungen Einfluß auf den Prozeß selbst habe, dann sei er eben eine prozessualisch erhebliche Handlung, d. i. eine Prozeßhandlung. Der praktische Unterschied besteht darin, daß die Vertreter dieser Ansicht nicht bloß die prozeßbeendigende Wirkung des Prozeßvergleichs bejahen, sondern daß sie die Rechtssätze über Prozeßhandlungen auf ihn für anwendbar erklären, vor allem § 54 CPO.

Eine dritte Hauptansicht steht den beiden ersten diametral gegenüber. Nach ihr sind der Prozeßvergleich und der Vergleich des bürgerlichen Rechts sogar in ihren begriffskonstituierenden Momenten vollkommen voneinander verschieden. Beide Institute sollen nichts als den Namen gemeinsam haben. Der Prozeßvergleich soll völlig vom Vergleiche des bürgerlichen Rechts losgelöst sein. Seine begriffskonstituierenden Momente werden daher mangels gesetzlicher Regelung von den Verfechtern dieser Ansicht selbst aufgestellt, natürlich im möglichsten Anschluß an die „Natur der Sache", den „wahren Sinn des Gesetzes" und das „praktische Bedürfnis".

Wie weit diese Lehre überhaupt noch den Schein der Gesetzesauslegung wahrt, soll unten näher gezeigt werden. In der nachstehenden Übersicht sollen natürlich nur die Schriftsteller und Entscheidungen in Betracht gezogen werden, die bereits das Recht der deutschen Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 zum Gegenstande haben.

## § 2.

### I. Die rein privatrechtliche Theorie.

Die Grundgedanken dieser Theorie sind folgende:

1. Der Begriff des Vergleiches ist ein juristisch und zwar privatrechtlich technischer. Definition und Wesen ist aus dem bürgerlichen Rechte ersichtlich. So lange nun die deutsche Zivilprozeßordnung, die von der Verfolgung der Ansprüche des bürgerlichen Rechtes handelt, mit diesem also sachlich eng zusammenhängt, von Vergleichen redet, ohne selbst eine andere Definition zu geben oder Begriffsmerkmale hinzuzufügen oder fortzunehmen, so ist darunter nach den Sprachgesetzen und den Begriffen unserer Logik, zumal in einem Texte, wo auf jedes Wort volles Gewicht zu legen ist, vor allem bei Verwendung eines juristisch-technischen Ausdrucks, der reine Begriff des bürgerlichen Rechtes gemeint.[1])

[1]) So mögen einige vortreffliche Worte Jüngers hier vorweg angeführt werden: „Bei der kunstvollen Terminologie des Gesetzes hat man davon auszugehen, daß die technischen Ausdrücke, deren es sich bedient,

2. Um darum von einem Prozeßvergleich reden zu können, braucht man nur zu diesem Begriffe die Erfordernisse des § 794 Nr. 1 CPO. hinzuzusetzen und man hat hiefür die durch denselben Paragraphen gegebene Wirkung. Sonstige besondere Wirkungen sind dem Prozeßvergleich versagt, d. h. er hat auf den Prozeß selbst überhaupt keinen Einfluß, insbesondere beendet er ihn nicht.

3. Daher stellt der Prozeßvergleich keine Handlung dar, die für den Prozeß irgendwie erheblich wäre; er ist überhaupt keine Prozeßhandlung im technischen Sinne, vor allem im Sinne des § 54 CPO. Er ist vielmehr Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit das Gericht, vor dem er geschlossen wird, ihn protokolliert.

4. Folglich finden, was Existenz, Wirkung, Anfechtbarkeit u. s. w. betrifft, alle und nur die Rechtssätze des bürgerlichen Rechts auf den Prozeßvergleich Anwendung; kurz: er ist und bleibt ein reiner Vertrag des bürgerlichen Rechtes, dem unter gewissen besonderen Umständen Vollstreckbarkeit verliehen wird, parallel der vollstreckbaren Urkunde in Nr. 5 des § 794.

Zu den Hauptvertretern dieser Theorie gehört

### 1. Eccius.

(Preuß. Privatrecht sowie bei Gruchot Bd. 28 S. 273 fg., Bd. 30 S. 457 fg.)

Eccius stellt folgende Sätze auf:

Als Titel der Zwangsvollstreckung gibt es nicht nur gerichtliche Akte, sondern auch bestimmte Parteierklärungen: die vollstreckbaren Urkunden. Ein wichtiger Fall solcher vollstreckbarer Urkunden ist der Vergleich, der nach Erhebung der Klage zur ganzen oder teilweisen Beilegung des Rechtsstreites vor einem deutschen Gerichte geschlossen wird. Als solcher ist dieser Vergleich Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Er ist weder ein Urteil in Gestalt eines entgeltlichen Vertrages, noch überhaupt Prozeßhandlung. Er hat auf den Prozeß keinerlei Einfluß.

---

stets in demselben bestimmten Sinne gebraucht sind und ihre fest umgrenzte Bedeutung haben." Andere Schriftsteller halten diesen Satz, obwohl ihm gerade aufs schärfste zuwidergehandelt worden ist, für selbstverständlich und enthalten sich einer eingehenderen Rechtfertigung des eigentlichen Grundgedankens.

Beweis:

1. Der Vergleich ist keine Prozeßhandlung; denn:
   a) das gemeine Prozeßrecht hat eine Definition des Ausdrucks „Prozeßhandlung", wonach der Vergleich nicht dazu zählt (historischer Beweis);
   b) § 81 CPO. stellt den Vergleich den Prozeßhandlungen als etwas Besonderes zur Seite, ja gegenüber;
   c) er hat auf den Prozeß keinen Einfluß, insbesondere beendet er ihn nicht, da keine diesbezügliche Bestimmung in den Prozeßgesetzen existiert.

2. Der Vergleich ist kein Urteil; denn:
äußerlich: a) er ist ein Vertrag;
inhaltlich: b) das wechselseitige Geben und Nachlassen gehört nicht zum Inhalte eines Urteils, das der einen Partei Recht zu geben hat gegen die andere;
   c) auf den Vergleich ist § 797 Abs. 4, nicht § 767 Abs. 2 anzuwenden, er gibt also dem Anspruch nicht dieselbe feste Grundlage wie ein Urteil.

3. Der Vergleich ist Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit; denn

   wenn man den Vergleich vor einem anderen als dem Prozeßgericht abschließen kann, so ist dies eben ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Natürlich muß das Gericht zu solchen Akten befugt sein.

4. Der Vergleich ist mithin eine vollstreckbare Urkunde.

Kritik der Beweisführung:

Satz 1a führt den Beweis durch das Mittel der sogenannten historischen Auslegung, vor deren kritiklosen Anwendung in diesem Falle gewarnt werden muß.[1]) Insbesondere ist aber zu bemerken,

[1]) Wie wichtig die Geschichte eines Gesetzes, insbesondere frühere Kodifikationen desselben Rechtsstoffes für die Auslegung des jetzt geltenden Rechtes sind, soll hierbei durchaus nicht verkannt werden. Die sogenannte historische Auslegung erläutert uns eine große Zahl von Rechtsbegriffen sie ermöglicht uns allein ein wissenschaftliches Verständnis, ein völliges

daß das gemeine Recht, oder besser die Schriftsteller des gemeinen Prozeßrechts auch für die gegenteilige Ansicht ins Treffen geführt werden (s. Muskat in Bödickers Magazin, unten S. 35 fg.).

Satz 1b geht von der Voraussetzung aus, daß § 81 CPO. wirklich den Vergleich der Prozeßhandlung gegenüberstellt. Dies tut nun § 81 aber streng logisch gar nicht, sondern er zählt lediglich alle Handlungen, zu denen eine Prozeßvollmacht berechtigt, das sind alle den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, sowie den Vergleich, Verzicht u. s. w. auf. Es fragt sich nur eben, bringt § 81 zu dem Ausdrucke Prozeßhandlung Beispiele oder stellt er gegenüber? Ja, selbst wenn § 81 den Vergleich der Prozeßhandlung gegenüberstellen wollte, könnte man trotzdem nicht so ohne weiteres darauf schließen, daß er keine Prozeßhandlung sei, sondern nur, daß er zum mindesten außer seinem Charakter als Prozeßhandlung noch anders geartete Elemente enthalten muß, so daß der Vergleich dann nicht nur eine einfache Prozeßhandlung wäre, sondern ein Mehr. § 81 läßt also logisch die Frage offen, indem er weder die Ausdrücke „ferner" noch „z. B." gebraucht.

Die Folge ist leider nicht etwa, daß dieser Paragraph beiseite gelassen, sondern daß er von jeder der streitenden Parteien als Beweismittel benutzt wird; in Wahrheit sagt er für keine derselben etwas.

---

Erfassen des geltenden Rechts, zu dessen Ergänzung es sogar unter Umständen als noch latent geltendes Recht herangezogen werden muß.

Indessen müssen zu seiner Anwendung ganz besondere Gründe vorliegen. Insbesondere ist der Zweck einer Gesetzeskodifikation (vgl. § 14 EG. zur CPO.) eine vollständige Regelung des betreffendes Rechtsstoffes. Wo nicht ein völliges Versagen des neuen Rechts vorliegt oder dasselbe selbst auf Begriff und Rechtsinstitute des früheren Rechts hinweist, ist dieses als geltendes Recht nicht anwendbar. Der Ausdruck „Prozeßhandlung" ist nun meines Erachtens schon an sich zu wenig streng technisch, als daß man sagen könnte und müßte, das neue Recht weise damit auf einen im früheren Recht feststehenden Begriff hin.

Daß die Verfasser der Zivilprozeßordnung den Begriff Prozeßhandlung aus dem gemeinen Prozeßrecht übernehmen wollten, ist nicht erweisbar.

Vor allem aber ist dieser Begriff selbst im gemeinen Recht nicht unbestritten, also nicht feststehend gewesen. Die Behauptung von Eccius, daß nach gemeinem Recht der Prozeßvergleich keine Prozeßhandlung sei (oben u. 1a), ist insofern wohl zum mindesten ungenau.

Daß die Beweise zu 2a und 2b richtig sind, ergibt die allgemeine Logik. Widerlegt werden jedoch die Gegner hierdurch nicht, da diese fast durchweg weder die Vertragsnatur des Vergleiches bestreiten, noch den Satz, daß Geben und Nachlassen dem Urteilsinhalt nicht gemäß sei, vorausgesetzt natürlich, daß sie überhaupt zugeben, daß ein gegenseitiges Nachlassen der Parteien dem Prozeßvergleich wesentlich sei. Die Gegner behaupten nur, daß der Vergleich ein Urteils**surrogat**, d. h. dem Urteile infolge gewisser anderer Eigenschaften verwandt sei und darum ähnliche Wirkungen habe wie das Urteil.

Es dreht sich hier demgemäß alles um den Begriff der inneren Verwandtschaft, der schon viele m. E. unlösbare Kontroversen ergeben hat. Man zieht hierbei auf Grund der Tatsache, daß zwei gesetzliche Institutionen gesetzlich gewisse gleiche Eigenschaften haben, den Schluß auf noch mehr, nicht mehr gesetzlich begründete gleiche Eigenschaften. Wie nun schon von jeher über die Qualität dieser gesetzlich gleichen Eigenschaften gestritten wird, d. h. darüber, ob sie wirklich so wichtig und in die Augen fallend seien, daß sie eine Verwandtschaft beider Begriffe hervorriefen, so bestreitet auch Eccius diese Qualität, indem er die anders gearteten Eigenschaften beider Institute als wichtiger in den Vordergrund stellt. Wir befinden uns also hier auf sehr schwankendem Boden, der m. E. in diesem Falle nicht betreten werden sollte, da, wie später nachzuweisen sein wird, das Gesetz bei Beantwortung dieser Frage doch nicht so gänzlich versagt, wie man gewöhnlich meint, zu Analogieschlüssen gegen das Gesetz aber hier kein Grund vorliegt, zumal man als Ersatz doch nur eine nicht zu lösende Kontroverse zu bieten vermag.[1])

Eccius ist allerdings zu seiner Polemik auf Grund einer Bemerkung gekommen, die Risch in seiner Lehre vom Vergleiche S. 32 als Grundgedanken seiner Ausführungen hinstellt: Der Vergleich ist ein Urteil in Gestalt entgeltlichen Vertrages, eine Bemerkung, deren offensichtliche Unlogik Eccius mit Recht bekämpft.

[1]) Über die Zweifelhaftigkeit derartiger Werturteile s. namentlich G. Rümelin, Über Werturteile und Willensentscheidungen, Freiburger Rektoratsrede 1891.

Der Beweis 2c, insoweit er die Behauptung enthält, § 767 sei auf den Vergleich nicht anwendbar, ist wenigstens nach Eccius nicht schlüssig, denn anstatt, wie es doch näher lag, darauf hinzuweisen, daß die sichere Grundlage des § 767 nur dem Urteil verliehen ist und § 797 Abs. 4 durch seinen Wortlaut die Ausnahme von § 795 auch hinsichtlich des Prozeßvergleiches vollkommen deckt, stellt er eine Erwägung de lege ferenda an und behauptet, daß im gegenteiligen Falle jede Anfechtung eines Vergleiches ausgeschlossen sei, eine Behauptung, die m. E. nicht einmal vollständig richtig ist.

Das Beweismittel zu 3 enthält das Postulat, daß prozessualisch erhebliches Handeln nur vor dem Prozeßgericht, dem beauftragten und ersuchten Richter stattfinden könne. Eccius beruft sich hiermit indirekt auf den Grundsatz der Mündlichkeit des Prozesses, dessen ausnahmslose Durchführung aber weder ein Gebot der logischen Notwendigkeit, noch vom Gesetz statuiert ist. Daß also hier die Zivilprozeßordnung, obwohl dies im Interesse der Förderung von Vergleichsabschlüssen durchaus nahe lag, eine Ausnahme nicht gemacht habe, ist nicht durch Logik und Rechtssatz, sondern nur durch eine Forderung des Beweisführenden zu beweisen versucht worden, steht also beweislos da.

Praktisch wird die Frage, sobald der Beweisführer aus dem von ihm bewiesenen Satz nun weiterhin den Schluß zieht, es müsse das betreffende Gericht zu Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit befugt sein: die Bezeichnung des Vergleiches als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit führt somit zu einer einschränkenden Auslegung des Ausdrucks „vor einem deutschen Gerichte".

Zu 4.: Daß der Titel, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung aus Vergleichen stattfindet, ein gerichtliches Protokoll bezw. eine vollstreckbare Ausfertigung desselben sein muß, geht aus der Zivilprozeßordnung klar hervor. Der gültige Abschluß von Vergleichen ist damit noch nicht von der Schriftform abhängig gemacht. Es ist demnach nicht genau, den Vergleich selbst eine vollstreckbare Urkunde zu nennen. Hingegen ist gewiß das Protokoll, welches den Vergleich enthält, eine vollstreckbare Urkunde im technischen Sinne des Wortes und somit im Sinne des § 797 CPO.

Sind somit die bisherigen besprochenen, von Eccius ins Treffen geführten Beweismittel zum Beweise seiner Sätze nicht stichhaltig, so muß dementgegen das unter 1 c Angeführte als voll beweisend anerkannt werden, vorausgesetzt natürlich, daß das Gesetz wirklich keine Bestimmung enthielte, die die prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleiches dekretiert (vergl. Gruchot, Bd. 30 S. 466).

Soweit also Eccius sich zum Beweise seiner Behauptungen darauf beruft, daß seine Gegner keine gesetzlichen Bestimmungen für die ihrigen anzugeben wüßten, mangels solcher aber der Vergleich außerhalb des Prozeßrechts stehe, hat er Recht. Es fragt sich nur: Enthält das geltende Recht wirklich keine derartige Bestimmung? (Darüber s. unten § 10.)

## 2. Jünger.

(Prozeßvollmacht und Legitimation zum Abschluß eines Vergleiches nach der deutschen Zivilprozeßordnung.)

Jünger behauptet gelegentlich der Auslegung des § 81 CPO.: Der Vergleich ist keine Prozeßhandlung; er beendet, formell wenigstens, nicht den Prozeß, sondern erst seine auf Grund desselben erlassene rechtskräftige Entscheidung.

Die Gründe Jüngers für seine Behauptung sind sehr zahlreich und auch lehrreich für unseren Stoff. Sie sind daher eingehender zu betrachten.

1. „Vergleich ist Erklärung, nicht Handlung. Diese Unterscheidung rechtfertigt sich durch das Gesetz selbst: § 67 CPO."

Logisch ist Erklärung eine Unterart des Begriffes der Handlung, also kein Gegensatz. Warum soll nun aber das Gesetz nicht auch einmal eine wichtige Unterart neben dem Oberbegriff aufführen? Auch ist nicht abzusehen, wie überhaupt in diesem Falle den Erklärungen und Handlungen die Prozeßhandlungen als etwas Besonderes gegenübergestellt sein sollen. Ferner aber würde Jünger dem Nebenintervenienten, von dessen Befugnissen in § 67 die Rede ist, außer der Geltendmachung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln jede prozessuale Erklärung verbieten, da das Gesetz dem Nebenintervenienten außer der Geltendmachung von Angriffs- und

Verteidigungsmitteln nur die wirksame Vornahme von Prozeßhandlungen gestattet, ein Resultat, wozu uns die Gesetzeslogik nicht nötigt.

2. „Daß die Prozeßhandlung sogar eine besondere Art der den Rechtsstreit betreffenden Handlungen sei, folge aus den Worten des § 81 CPO.: den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, die sonst eine unerhörte Tautologie bedeuten würden."

Abgesehen davon, daß die Tautologie m. E. nicht so unerhört sein würde, kann sie uns auch nicht veranlassen, um ihr zu entgehen, einen besonderen Begriff aufzustellen, der nach dem Sprachgebrauch an sich nicht gegeben, im Gesetze keine weitere Stütze findet. Nun ist aber tatsächlich keine Tautologie notwendigerweise vorhanden: denn legt man den Nachdruck auf das Wort den vor dem Worte Rechtsstreit, so ergibt sich folgender Sinn der Wendung: Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen Prozeßhandlungen, die auf einen bestimmten Prozeß Bezug haben, nämlich auf den speziell, für den sie erteilt ist.

3. „Aus Art. 42 (jetzt § 49) HGB. gehe hervor, daß das Gesetz einer Rechtshandlung, also auch einer Prozeßhandlung, das (Rechts-)Geschäft gegenüberstelle."

Abgesehen davon, daß auch hier wiederum vollkommen logisch richtig die Rechtshandlung als genus dem Rechtsgeschäft als wichtiger Unterart angegliedert sein kann, so ist doch durch diese Gegenüberstellung nicht ausgeschlossen, daß ein ziviles Rechtsgeschäft zugleich eine prozessualisch erhebliche Rechtshandlung, d. h. eine Prozeßhandlung, sein könne und zwar nach Jüngers eigenster Definition der Prozeßhandlung (s. unten unter Nr. 7).

4. Ebenso wie Eccius betont Jünger die Geschichte des Ausdrucks Prozeßhandlung im gemeinen Prozeßrecht und beruft sich hierbei vor allem auf die Lehrbücher von Renaud, Endemann und Wetzell. Es kann daher auf das bei Eccius unter 1a Gesagte verwiesen werden.

5. Daß die Interpunktion, die in § 81 CPO. den Ausdruck Prozeßhandlung von den Worten Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis als drei wegen ihres zugleich materiellen Inhaltes eng zusammengehörenden Begriffen trennt, ein Semikolon ist, beweist

nichts, da ja gerade diese drei Begriffe ein Mehr und darum auch ein aliud gegenüber der Prozeßhandlung bedeuten können, jedenfalls aber dadurch noch nicht ausgeschlossen ist, daß dieselben zugleich Prozeßhandlungen sind. Dadurch fällt auch das Argument dahin, daß die zuletzt aufgeführte Befugnis des Prozeßbevollmächtigten zur Empfangnahme der Prozeßkosten jedenfalls keine Prozeßhandlung sei und darum auch die vorher aufgeführten Befugnisse in diesem Sinne der Prozeßhandlung gegenübergestellt seien.

6. Die einzelne Prozeßhandlung sei nach § 54 CPO. die species zum genus Prozeßführung. Man verstehe hierunter nach allgemeinem und juristischem Sprachgebrauch die Bewerkstelligung, den Betrieb des Prozesses von seiten einer Partei, Handlungen zum Zwecke der Erhebung, Beendigung oder gerichtlichen Entscheidung eines bestimmten Rechtsstreites oder der zwangsweisen Befriedigung privatrechtlicher Ansprüche. Der Vergleich habe nichts hiervon, insbesondere beende er nicht den Prozeß und zwar aus folgenden Gründen:

a) Das Mündlichkeitsprinzip erfordere, daß der Vergleich auf jeden Fall erst Einfluß auf den Prozeß hat, wenn er durch Vortrag vorm Prozeßgerichte von diesem zum Prozeßstoff gemacht worden sei. Ist demnach ein Vergleich vor einem beauftragten oder ersuchten Richter geschlossen worden, so müsse das Gericht auf jeden Fall hinterher Termin ansetzen und warten, ob die Parteien vor ihm den Vergleich vortragen. Sonst gehe der Prozeß auf jeden Fall weiter.

Dieses Argument ist dasselbe wie bei Eccius unter 3. Wir haben bereits dort gesehen, daß allerdings die Zivilprozeßordnung das Prinzip der Mündlichkeit tatsächlich vertritt, seine ausnahmslose Durchführung jedoch nirgends statuiert. Spricht also das Gesetz den Satz aus: Der vor jedem deutschen Gericht zur Beilegung des Rechtsstreites geschlossene Vergleich beendet denselben ipso iure, so ist demgegenüber nicht das Mindeste einzuwenden und das Prozeßgericht ist in der Regel zum Ansetzen eines Termines nicht mehr befugt; es würde ein ungesetzmäßiges Festhalten an der Regel bedeuten.

b) Hingegen bemerkt Jünger sehr richtig, daß wir aus der Eigenschaft des Prozeßvergleiches als Vollstreckungstitel nichts schließen können, zumal es eine ganz willkürliche Behauptung ist, dadurch würde der Vergleich auch hinsichtlich anderer Wirkungen dem rechtskräftigen Urteile gleichgestellt oder die Prozeßbeendigung folge aus seinem „Wesen". (Man vergleiche das oben bei Eccius über die innere Verwandtschaft von Instituten Gesagte.)

c) Ferner bemerkt Jünger richtig, daß die Ausdrücke Beilegung, Beseitigung des Rechtsstreites einen zwingenden Schluß auf die formelle Beendigung desselben nicht zulassen.

7. Jünger meint weiterhin zutreffend, daß der Protokollierungszwang den Vergleich noch nicht zur Prozeßhandlung macht, d. h. zu einer Einrichtung, die auf den Werdegang des Prozesses Einfluß hat.

8. Vor allem ist dies Jünger zum Verdienst anzurechnen, daß er gegenüber denjenigen, die dem Vergleich des § 794 CPO. einen anderen Begriff zu Grunde legen wollen, als wie er im bürgerlichen Recht gegeben ist, daran festhält und betont, daß bei der kunstvollen Terminologie des Gesetzes zunächst davon abzugehen ist, daß die technischen Ausdrücke, deren es sich bedient, stets in demselben bestimmten Sinne gebraucht sind und ihre fest umgrenzte Bedeutung haben.

Hieraus folgt, daß Jünger der Beweis seiner Ansicht (allerdings nur durch die unter 6b bis 8 erörterten Argumente) gelungen ist, sobald das Gesetz nirgends den Ausdruck Prozeßbeendigung gebrauchen sollte. Dies vorausgesetzt, hat er insbesondere bewiesen, daß der Prozeßvergleich keine Prozeßhandlung ist. Denn der Vergleich selbst ist auch keine Handlung zur Herbeiführung einer zwangsweisen Befriedigung eines prozessual festgestellten Anspruchs, sondern er soll nur diese Feststellung ersetzen. An Jüngers Definition der Prozeßhandlung aber ist nichts auszusetzen und auch nichts ausgesetzt worden. Jünger würde unter der oben erwähnten Voraussetzung auch mit Recht behaupten können, daß nur die im Vergleiche enthaltene Klagrücknahme von seiten des Klägers den Prozeß beenden könne.

9. Nicht zutreffend hingegen ist es, wenn Jünger weiterhin

behauptet, daß § 85 eine Unrichtigkeit enthalte, wenn man in dem darin gebrauchten Ausdruck Prozeßhandlung den Vergleich mit einbegreift. Dies folgert er eigentlich lediglich aus der Stellung dieses Paragraphen. Würde der in ihm enthaltene Rechtssatz vor § 83 eingeschoben sein, so würde wohl Jünger keinerlei Bedenken haben können.

Wenn nämlich § 85 bestimmt, daß die vom „Bevollmächtigten" vorgenommenen Prozeßhandlungen den Vertretenen direkt verpflichten, wie wenn sie von ihm selbst vorgenommen wären, § 83 hingegen, daß eine Einschränkung der Prozeßvollmacht hinsichtlich des Vergleiches möglich ist, so folgt daraus mit Notwendigkeit, daß der Prozeßbevollmächtigte die Parteien nur durch Vergleich binden kann, wenn er hierzu Vollmacht hat.

Aus der Stellung der beiden Paragraphen folgt logisch gar nichts, auch spricht § 85 lediglich von einem Bevollmächtigten, nicht einem Prozeßbevollmächtigten. Soweit nun der Prozeßbevollmächtigte nicht Bevollmächtigter, d. h. bevollmächtigt ist, soweit bindet er die Partei natürlich nicht.

Das Hilfsmittel der Motive ist zu Jüngers Widerlegung nicht einmal erforderlich (s. hierzu Brettner S. 38 fg.).

10. Daß §§ 67, 295 auf den Vergleich nicht anwendbar seien, ist eine beweislose Behauptung. Da ferner der Begriff der „Prozeßhandlung" sehr verschiedenartige Handlungen in sich begreift, so ist es auch nicht verwunderlich, daß die §§ 230 fg. auf den Vergleich nicht anwendbar sind; auch auf die Klagerhebung finden diese Bestimmungen keine Anwendung und doch muß diese Handlung nach Jüngers eigener Definition Prozeßhandlung sein.

11. Die ins Gefecht geführte ratio legis, nach der der Gesetzgeber „naturgemäß" den Prozeßbetrieb nur gegenüber Dritten sichern, nicht aber so tiefeinschneidende privatrechtliche Verfügungen der Partei bezw. dem Vormundschaftsgericht aus der Hand geben wollte, ist unten zu behandeln (s. Küntzel unter Nr. 3 und 4).

Übrigens wird von anderer Seite stark bestritten, daß die Bestimmung des § 54 naturgemäß nicht den Intentionen des Gesetzes bezw. des Gesetzgebers entspräche (vergl. unten die von Küntzel angeführten Motive). Sollte sich daher erweisen lassen,

daß der Prozeßvergleich Prozeßhandlung ist, auch im Sinne Jüngers, so ist § 54 auf ihn anzuwenden, obwohl § 54 gegenüber § 51 eine Ausnahmebestimmung enthält, also nach alter Regel strikt auszulegen ist.

### 3. Küntzel

(bei Gruchot, Bd. 24 S. 776 fg., Bd. 25 S. 327 fg., Bd. 28 S. 276 fg.).

Küntzel arbeitet ungefähr mit denselben Beweismitteln wie Jünger, nur sind sie weniger zahlreich und die entscheidenden, bei Jünger unter 6—8 besprochenen, fehlen ganz.

1. Auch er behauptet, daß § 81 schon im Wortlaut durch die Gegenüberstellung den Vergleich von dem Begriff der Prozeßhandlung ausschlösse und zwar „augenscheinlich" im Anschluß an das gemeine Prozeßrecht.

2. Das bei Jünger unter 9 besprochene Argument wird auch von Küntzel ins Treffen geführt. Er meint, § 85 sei in seiner Allgemeinheit unrichtig, wenn der Vergleich zu den Prozeßhandlungen gehörte. Hierüber siehe Jünger unter Nr. 9.

3. Küntzel führt weiterhin an: „Die Motive erwähnen nicht, daß ein Vormund ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einen gültigen Prozeßvergleich abschließen könne, obwohl er dies nach der preußischen Vormundschaftsordnung nicht kann und obwohl die Motive die Konsequenzen des § 54 gegenüber dem früheren Recht besprechen." [1])

---

[1]) So wertvoll die Kenntnis der Entstehungsgeschichte, insbesondere die Kenntnis der Gesetzesmaterialien für das Verständnis eines Gesetzes auch ist, so naheliegend es auch für den Gesetzesinterpreten scheinen mag, sich bei jeder Bestimmung genau zu verdeutlichen, was der Gesetzgeber mit ihr hat erreichen und regeln wollen, in unserem Fall, d. h. dem des Prozeßvergleiches, kann diese Kenntnis keine Aufklärung in die verschiedenen Streitfragen bringen.

Die Motive versagen so gut wie gänzlich, auch bedarf es wohl keiner näheren Begründung, daß es äußerst problematisch ist, das Schweigen der Motive zur maßgebenden Auslegung eines Gesetzestextes zu benutzen.

Der wirkliche Wille des Gesetzgebers, d. h. des Verfassers des Gesetzestextes, läßt sich aus Geschichte und Materialien des Gesetzes für den Prozeßvergleich nicht feststellen.

Es soll hierbei ganz von einer Erörterung darüber abgesehen werden,

4. Die gegenteilige Ansicht führt zu (natürlich nach Ansicht Küntzels) bedenklichen Konsequenzen. Es sind die bei Jünger unter 11 besprochenen Gesichtspunkte. Nur macht hierbei Küntzel

---

ob, zumal im konstitutionellen Staate, eine derartige Auslegungsweise überhaupt noch Existenzberechtigung hat. Angefochten wurde dieselbe jedenfalls in neuerer Zeit öfters.

Insbesondere ist hiergegen eingewendet worden (vgl. z. B. Hölder, Kommentar zum B.GB., S. 17 fg., 22 fg.), daß der Gesetzgeber überhaupt von Inhalt und Wirkung der Gesetzesbestimmungen vielfach keine Ahnung habe, daß er ferner nur den Gesetzestext zu seinem Willen mache und daß die Materialien nur die Äußerungen der Verfasser seien, die nicht zugleich die Gesetzgeber zu sein brauchten und deren Meinung daher zum mindesten nicht so ohne weiteres maßgebend sein dürfte.

Auch hat man schon auf die Schwierigkeit hingewiesen, die bei der Benutzung der Entstehungsgeschichte, insbesondere der Materialien für die Feststellung eines einheitlichen Gesetzgeberwillens, entsteht. Da finden sich widersprechende Äußerungen über Grund und Tragweite einer Gesetzesbestimmung in den Reichstagsverhandlungen; selbst die Motive enthalten, da von verschiedenen Verfassern abgefaßt, die verschiedensten Meinungen und Aussagen u. s. w. Ferner können die Motive eine andere Ansicht als die Reichstagskommission, und diese wiederum eine andere als der Reichstag u. s. w. entwickeln, und so sind tatsächlich Verzeichnisse aufgestellt worden, die eine Reihenfolge der Quellen von Äußerungen über das Gesetz enthalten und dadurch gleichzeitig eine Reihenfolge der Beachtlichkeit dieser Äußerungen je nach ihrer Quelle darstellen sollen. Auch hat man Erfordernisse aufgestellt, die zur Beachtlichkeit einer Aussage über das zu gebende Gesetz gehören sollen und Regeln dargetan, wie man wieder den Sinn von Reden in den gesetzgebenden Körperschaften zu verstehen habe, und so machen wir mit Lang (Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts) erst Halt beim psychologischen Studium des Mitglieds, welches die beachtliche Rede gehalten hat!

Man sieht schon daraus, daß der Schwerpunkt der Rechtsnormierung aus dem, was wir Gesetz nennen, heraus und in die Materialien hineinverlegt wird und daß man auf diese Art sehr zahlreiche und verschiedenartige gesetzgeberische Ansichten herausfinden kann, die im Gesetzestext keine Stütze haben, zumal wenn man bedenkt, daß auch die aus den Materialien zu mutmaßenden nicht einmal in ihnen ausdrücklich enthaltenen Meinungen berücksichtigt werden sollen. Vergleiche zu dieser Frage insbesondere: Thibaut, Lehre von der logischen Interpretation des römischen Rechts, 2. Auflage, 1806, sowie Schaffrath, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze 1842.

den Fehler, daß er den Vergleich im Sühneverfahren zum Prozeßvergleich rechnet.[1])

5. Richtig legt Küntzel dar, daß der Vergleich durch den gesetzlichen Protokollierungszwang für das Gericht nicht zum Prozeßakt wird, zumal nirgends von einer Protokollierung seine Existenz abhängig gemacht ist (vergl. Eccius Nr. 4).

### 4. Oertmann

(Der Vergleich im gemeinen Zivilrecht)

bespricht im Anhange seiner Schrift den Gesetzentwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch (erste Lesung) von Rocholl-Niedner und ficht

[1]) Was die von Jünger (unter 11) und Küntzel (unter 4) ins Treffen geführten „unbefriedigenden Konsequenzen" betrifft, die eine andere als die von ihnen anerkannte Gesetzesauslegung zur Folge haben sollen, so ist auch hiermit im Falle des Prozeßvergleichs wenig zu erreichen. Die Gegner der von den genannten vertretenen Ansicht — und sie sind in der großen Überzahl — halten die Auslegungsresultate der privatrechtlichen Theorien für gänzlich unannehmbar, wobei sie wohl ebensowenig zu widerlegen sind, als Jünger und Küntzel.

Meines Erachtens sind nun die Resultate keiner der drei Haupttheorien derartig unannehmbar, daß man berechtigt wäre, selbst, wenn so die Meinung des Gesetzes wäre, zu einer totalen Abänderung desselben im Wege der Auslegung zu schreiten.

Welche ich de lege ferenda für die beste Regelung des Prozeßvergleichs halte, sollen die Schlußbemerkungen ergeben. Begreiflicherweise aber hat jede Theorie ihre Licht- und Schattenseiten und die Differenzen hierin sind äußerst gering, so daß meiner Überzeugung eine klare, gesetzliche, vollständige Regelung, wenn auch nicht als das allen Fällen gerecht werdende Ideal, so doch als das kleinere Übel gegenüber der ungeheuren Kontroverse, d. h. Regellosigkeit, empfunden werden müßte.

In Anbetracht des ungeheuren Zwiespaltes der Meinungen, sowie der Fülle von Spielarten der Ansichten muß man meines Erachtens erst einmal zu ermitteln suchen, welche Theorie ergibt sich rein logisch aus dem Gesetze an sich ohne Rücksicht auf die Annehmbarkeit oder Unannehmbarkeit der aus dieser allein gesetzlichen Theorie sich ergebenden Resultate?

Liefert das Gesetz, wie eigentlich streng genommen allerseits behauptet wird, keine festen Resultate oder sind doch bei näherem Zusehen solche vorhanden, die aus dem Gesetze logisch beweisbar denen zum mindesten äußerst ähnlich sind, die von der zur Zeit stark vertretenen, wenn nicht vorherrschenden Meinungsrichtung als die allein annehmbaren und deshalb allein richtigen bezeichnet werden?

den darin enthaltenen Vorschlag der Beschränkung der Anfechtbarkeit des Prozeßvergleiches mit folgenden Worten an:

„Die von ihm (dem Gesetzentwurf) beliebte besondere Behandlung des Irrtums beim Prozeßvergleich ist angesichts des von dessen oben (bei Oertmann) betonter zivilistischer Natur m. E. wenig empfehlenswert. Die Berufung auf Art. 2052 Code civil ist in dieser Frage für unsere veränderten Verhältnisse und Rechtsauffassungen nicht als durchschlagend anzusehen."

Zu bemerken ist dabei nur, daß Oertmann einmal schon für das Zivilrecht die Theorie von der Urteilsnatur des Vergleiches mit Recht bekämpft. Andererseits ist es auch interessant, wie in der obigen Bemerkung im Gegensatze zu später zu besprechenden Schriftstellern die zivilistische Natur des Prozeßvergleiches für das der modernen Entwicklung Entsprechendere gehalten wird.

### 5. Entscheidungen.

Von den Entscheidungen ist nur die bei Busch Bd. 12 S. 351 angeführte Entscheidung des Landgerichts Hannover vom 13. November 1886 hervorzuheben, da dieselbe näher ausführt, daß der Prozeßvergleich nur eine gewöhnliche peremptorische Einrede gewähre, daß diese Einrede im Laufe des Prozesses selbst entstanden sei, sei ein sachlich und prozessualisch bedeutungsloser Unterschied. Vor allem sei sie auch keine prozeßhindernde Einrede, „da vom Gesetz nicht als solche bezeichnet".

Nur die im Vergleich enthaltene Klagrücknahme könnte aber wiederum nur als solche auf den Prozeß einen Einfluß ausüben.

Die anderen Entscheidungen (vergt. RG. Bd. 19 S. 362 fg., Bd. 21 S. 345 fg., Bd. 20 S. 415 fg., Entsch. d. OLG. Hamm bei Busch, Bd. 13 (1889) S. 428, Annalen des Sächs. OLG. Bd. 11 S. 282) arbeiten durchweg mit bereits besprochenen Beweisführungen; meist aber beschränken sie sich darauf, soweit sie diese Ansicht haben, zu betonen, daß der Vergleichsbegriff des Zivilrechts auf das Prozeßgesetz Anwendung finde und begnügen sich damit, festzustellen, daß eine Klagrücknahme unter Übernahme der Kosten kein Vergleich, ferner § 767 Abs. 2 auf den Vergleich nicht anwendbar sei und der Gerichtsschreiber des Gerichts, welches

den Vergleich aufgenommen habe, nach § 797 Abs. 1 vom Vergleich als vollstreckbarer gerichtlicher Urkunde eine vollstreckbare Ausfertigung jederzeit erteilen könne.

6. Die Motive zu § 1353 B.GBs. (erste Lesung) teilen uns mit, daß der (erste) Entwurf davon ausgeht, daß das dem Ehemann unbeschränkt zustehende Recht der Prozeßführung (in Angelegenheiten des Gesamtgutes) nicht auch das Recht umfaßt, einen Rechtsstreit einseitig durch prozessualische Rechtsgeschäfte (Vergleich, Verzicht, Anerkenntnis des geltend gemachten Anspruchs; vergl. §§ 306 und 307 CPO.) zu erledigen, soweit ein solches Rechtsgeschäft, außerhalb des Prozesses geschlossen, an die Einwilligung der Ehefrau gebunden ist, und daß die Gültigkeit jener prozessualischen Rechtsgeschäfte gegenüber dem Prozeßgegner, insbesondere auch aus § 54 CPO. nicht hergeleitet werden kann.

Doch wird uns die Begründung jener Behauptung vorenthalten. Die Motive scheinen nur mit dem Ausdruck „prozessuale Rechtsgeschäfte" einen Gegensatz zur Prozeßhandlung aufstellen zu wollen. Konsequenterweise müssen sie demnach von der Meinung ausgehen, daß der Vergleich auch im Prozeß nur als Rechtsgeschäft, nicht als den Prozeß beeinflussende Handlung in Frage käme.

## § 3.

## II. Der Standpunkt Kohlers und Trutters.

(Vergl. die Litteraturübersicht.)

Einen vorsichtigen Schritt weiter nach einer prozessualen Auffassung des Vergleiches hin gehen Kohler und Trutter.

Am nächsten jedoch steht den rein privatrechtlichen Theorien

### 1. Trutter.

1. Der Begriff des Vergleiches in der Zivilprozeßordnung ist ihm der privatrechtliche, da dieselbe über das Zustandekommen des Vergleiches gar keine Bestimmung enthalte, ihn überhaupt als im Prozesse vorkommendes Rechtsgeschäft nicht selbständig gestaltet habe.

2. Der Vergleich ist nach Trutter kein prozessuales Rechtsgeschäft,[1]) „denn die Absicht der Parteien beim Abschlusse betrifft nur den Streitgegenstand; ja es ist im gerichtlichen Vergleich niemals eine Vereinbarung gelegen, durch welche ein Prozeßrecht absichtsgemäß beendet wird; er ist nur insoweit ein prozessualisches Rechtsgeschäft, als durch ihn die Kostenfrage in anderer Weise erledigt wird, als es durch die Verfügung des § 98 vorgesehen, als prozessuale Folge des materiellen Vergleiches angeordnet ist".

Abgesehen davon, daß diese Grundauffassung dadurch sich selbst widerspricht, daß sie den Vergleich im allgemeinen nicht als ein prozessuales Rechtsgeschäft, in gewisser Hinsicht wiederum doch als prozessuales Rechtsgeschäft auffaßt, so widerspricht sie dem Gesetze direkt, welches durch die Worte „zwischen den Parteien zur Beilegung des Rechtsstreites geschlossener Vergleich" die Absicht wenigstens der Beilegung, Beseitigung des Rechtsstreites als solchen von den Parteien direkt beim Vergleichsabschlusse verlangt. Ferner ist es eine den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechende Behauptung, daß „nur in speziellen Fällen die Absicht der Erklärenden nicht bloß darauf gerichtet wäre, die materielle Wirkung hervorzubringen, sondern daß auch in formeller Hinsicht die Beendigung des Prozesses mit beabsichtigt war". Im Gegenteil, in der Praxis ist die Prozeßbeendigung ein Hauptmotiv zum Vergleichsabschlusse.

3. Der Vergleich beendet nach Trutter trotzdem das Prozeßrechtsverhältnis und zwar kommt Trutter hierzu auf Grund der Fassung der §§ 98, 160 („erledigt") CPO., ein Schluß, der nicht logisch richtig ist, da Beendigung das Formelle, Erledigung das Materielle betont, was von den rein privatrechtlichen Schriftstellern (übrigens auch von Kohler) sehr wohl erkannt und gewürdigt worden ist. Die Beendigung des Prozesses soll also durch Vergleich und zwar ohne, sogar gegen den Willen der Parteien zustande kommen.

---

[1]) Seine Definition dieses Begriffes lautet: prozessuale Rechtsgeschäfte sind prozessuale Willenserklärungen, bei denen die Schaffung von neuen oder die Abänderung oder Beendigung subjektiver Prozeßrechte resp. prozessualer Rechtsverhältnisse beabsichtigt und auch unmittelbar bewirkt wird.

4. Der Vergleich ist aber Trutter trotzdem keine Prozeßhandlung im Sinne von § 54 CPO. (vergl. Trutter a. a. O. 136 fg.), da § 81 die nur zuweilen vorkommenden materiellen Rechtsgeschäfte den Prozeßhandlungen gegenüberstelle. Diese Beweisführung ist schon oben (s. Eccius unter 1b) behandelt worden; sie erscheint nur hier in einem bedenklichen Lichte, da Trutter gerade dem Vergleich einen unmittelbaren Einfluß auf den Prozeß zuerkennt, er also, wenn auch seiner Meinung nach nicht subjektiv, d. h. der Absicht der Parteien nach, sondern objektiv den Rechtsstreit formell beendet, somit auch prozessual objektiv erhebliches Handeln ist. Da diese Wirkung auch nach Trutters Meinung eine unmittelbare ist, so ist es um so mehr gewagt, den Vergleich nur als Handlung im Prozesse aufzufassen, weil dieses „Handeln im Prozesse" im Gegensatze zur Prozeßhandlung logisch nur ein Handeln bedeuten kann, welches rein zufällig zeitlich und vielleicht auch örtlich (letzteres nicht einmal notwendig mit dem Prozesse) zusammenfällt, den Prozeß also nichts angeht, für ihn irrelevant ist.

Wendungen, wie „die betreffende den Tatbestand des materiellen Rechtsgeschäftes bildende Handlung gehört dann wohl ihrem Vorkommen nach, keineswegs aber nach ihrem Wesen dem Prozesse an" (a. a. O. S. 127) oder gerichtliches Anerkenntnis und Verzicht seien nur „prozeßrechtlich gestaltete" materielle Rechtsgeschäfte (a. a. O. S. 128) sind dieser logisch einzig möglichen Unterscheidung gegenüber nur Worte, zumal Trutter auch noch der Meinung ist, die Handlung im Prozesse stände wegen ihrer prozessualen Folgen unter der Herrschaft des Prozeßgesetzes (dieses bestimme, wie die Handlung beschaffen sein müsse, damit das von prozessualen Folgen begleitete materielle Rechtsgeschäft zustande komme), zumal er also die Gültigkeitsvoraussetzungen dieser Rechtsgeschäfte vom Prozeßrecht abhängig macht.

Trutter ist es somit nicht gelungen, die prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleiches zu beweisen. Trotz seiner prozeßbeendenden Wirkung aber den Prozeßvergleich dennoch als ein rein materielles Rechtsgeschäft aufzufassen im Gegensatz zum

prozessualischen, sogar zu jeder anderen Prozeßhandlung, ist eine teils den Tatsachen nicht entsprechende, teils m. E. sogar logisch widerspruchsvolle Behauptung.

Etwas konsequenter in seinen Ausführungen über den Prozeßvergleich ist

## 2. Kohler.

1. Auch nach ihm ist der Vergleich ein Rechtsgeschäft zivilistischer Art, das auch außerhalb des Prozesses wirksam ist, dessen zivilistische Wirksamkeit daher von der rechtlichen Gültigkeit des Prozesses nicht abhängt; ein richtiger und bisweilen nicht genügend betonter Satz!

2. Der Vergleich ist auch ein Prozeßrechtsgeschäft, da er den Prozeß zu Ende bringt, vorausgesetzt die zivilistische Unantastbarkeit des Vergleiches.

Kohler deutet nämlich die Worte „erledigen", „beseitigen" auf besondere Weise, indem er aus ihnen zwar schließt, daß der Prozeß durch den Vergleich zu Ende gebracht werden kann, daß diese Beendigung aber nur gewissermaßen eine sekundäre Folge des Hauptumstandes ist, daß eine Entscheidung überflüssig geworden sei. Er sagt:

> Der Vergleich steht mit dem Prozeß in Beziehung, aber die Hauptbeziehung ist keine direkte, sondern eine indirekte; indem er den Anspruch rechtsgeschäftlich festsetzt, macht er das Urteil gegenstandslos oder — in seinem den Anspruch entscheidenden Teile — überflüssig.

3. Der Vergleich erledigt den Prozeß, sofern er gültig ist, nicht der formelle Vergleichsabschluß, sondern der zivilistisch gültige Vergleichsvertrag „löst" den Prozeß. Ist der Vergleich ungültig, so bleibt das Prozeßrechtsverhältnis bestehen und es kann der Prozeß einfach fortgesetzt und in seinem Fortgange die Ungültigkeit des Erledigungsaktes durch Zwischenurteil bezw. Endurteil festgestellt werden. Es wird hier von Kohler die unbedingte Zulässigkeit eines weiteren Verfahrens behauptet. Denn auch die zivilistische Gültigkeit eines Vergleiches muß erst in einem Nachverfahren festgestellt werden (s. hierüber unten § 12 unter b).

4. Der Vergleich ist somit eine vollstreckbare Urkunde ohne Unterwerfungserklärung. § 797 findet auf ihn Anwendung. Insbesondere kann man gegen ihn die uneingeschränkte Vollstreckungsgegenklage erheben. Er ist, wie auch die anderen Vollstreckungstitel des § 794, mit einem vorläufig vollstreckbaren Urteile in Parallele zu setzen. Sie teilen mit ihm die Eigenschaft, daß sie vollstreckbar sind ohne eine definitive Entscheidung zu enthalten. (Entscheidung meint Kohler hier im Sinne von Sacherledigung.) Glücklicherweise zieht Kohler aus diesem gefährlichen Vergleiche keine weiteren Konsequenzen.

5. Der Prozeßvergleich ist wie Prozeßrechtsgeschäft, so auch Prozeßhandlung im Sinne von § 54 CPO.

Man sieht, Kohler ist konsequent und nur die Gesetzesworte „erledigen", „beseitigen" haben ihn zu der Theorie von der Haupt- und Nebenfolge eines Prozeßvergleiches und zu der etwas weitgehenden Behauptung verleitet, daß dieselben die Möglichkeit einer wirklichen, d. h. formellen Beendigung des Prozeßverfahrens durch Vergleich konstatierten. Kohler ist allerdings vorsichtig und gebraucht mit Vorliebe den Ausdruck „Lösung" statt „Beendigung" des Prozesses. Doch entbindet ihn dies nicht von dem logischen Zwange, Farbe zu bekennen, d. h. zu behaupten, ob er den Prozeß durch Vergleich für beendbar hält oder nicht. Ein Drittes gibt es m. E. nicht. Tatsächlich hat er die erstere Meinung, und die Ausdrücke „indirekte" Folge oder „Lösung" des Prozeßes können logisch eine wirkliche Einschränkung dieser Meinung keineswegs bedeuten.

Leider ist Kohler von seiner bisher konsequent durchgeführten Ansicht für einen Augenblick in einem neueren Aufsatz (bei Busch, Bd. 29, S. 39 fg.) abgewichen. Für einen Augenblick muß ich hinzusetzen! Denn es handelt sich hierbei eigentlich nur um § 17 dieses Aufsatzes; der mit seiner früheren Ansicht und — es läßt sich beim besten Willen wohl nicht anders deuten — mit den anderen Paragraphen desselben Aufsatzes im Widerspruche steht.

Auch dieser Aufsatz geht zunächst von der Meinung aus, daß der Vergleichsabschluß zivilistisch wirke, und indirekt auch prozessualisch; er verschiebe nicht nur die Zivilrechtslage, so daß dem

Richter in prozeßoffenkundiger Weise ein neues Entscheidungsmaterial dargeboten würde, sondern er verschiebe sogar auch die prozessuale Lage, indem er das Urteil „unnötig" mache und daher bewirke, daß der Prozeß ohne Urteil endige. Der Vergleich bewirke Prozeßschluß. Er ersetze nicht das Urteil, aber er verdränge es. Leider gründet sich aber die Ansicht von der indirekten prozessualen Wirkung nicht so sehr auf die gesetzlichen Bestimmungen des Zivil- und Prozeßrechts, die seiner früheren Meinung nach eine Haupt- (zivilistische) und eine Neben- (prozessuale) Wirkung des Prozesses konstatierten, als vor allem auf die Meinung, daß das Urteil unnötig sei und darum nun auch der Prozeß aus dieser rein persönlichen Erwägung heraus beendet würde. Daß dies Kohler so und nicht bloß als Erklärung der tatsächlichen gesetzlichen Regelung hingestellt wissen will, ergibt sich vor allem daraus, daß er den Satz aufstellt: Das Prozeßrechtsgeschäft des Vergleiches wirkt zunächst zivilistisch, aber kraft der zivilistischen Wirkung wirkt es wiederum prozessualisch. Somit werden ihm die zivilistische Wirkung des zur Beilegung des Rechtsstreites vor Gericht geschlossenen Vergleiches und der Umstand, daß nun ein Urteil eigentlich recht überflüssig sei, geradezu zu Argumenten seiner tatsächlichen prozessualen Wirkung; dies sind aber m. E. schon etwas bedenkliche Argumentationen.

Weit mehr muß indes das in § 17 behauptete befremden. Während nämlich Kohler gemäß seiner früheren Ansicht auch in diesem Aufsatze zunächst die Meinung vertritt, daß für den Inhalt des Vergleichs das Zivilrecht maßgebend sein soll, insbesondere für die Erlaubtheit seines Inhaltes, daß ferner der Vergleich nach Zivilrecht unwirksam, auch als Prozeßvergleich unwirksam sein soll, daß schließlich seine Anfechtbarkeit nach Zivilrecht auch seine Anfechtbarkeit als Prozeßvergleich begründe, überhaupt § 779 B.GB. anwendbar sei, und er Pauls Ansicht (s. unten) als ganz verkehrt bezeichnet, wonach der Prozeßvergleich mit dem bürgerlichen Vergleich nur den Namen gemein haben soll, schwenkt er hiervon plötzlich in § 17 ab und behauptet dort folgendes:

Der Vergleichsbegriff des Prozeßrechts gehe weiter als der des Zivilrechts.

Der Gegensatz zum prozessualen Anerkenntnis und Verzicht liege lediglich in seiner Vertragsnatur, nicht in seinem Inhalte! So gehöre unter den Begriff des Prozeßvergleichs auch der Fall, wenn der Prozeß durch Anerkenntnis oder Verzicht erledigt werde, sofern es eben nur nicht bei der einseitigen Handlung verbleibe, sondern dieses durch gemeinsame Einvernehmen beider Teile zum Vertrag erhoben werde. Insbesondere sei eine subjektive oder objektive Ungewißheit der Verwirklichung des Anspruchs nicht erforderlich. Diese Ausführungen Kohlers scheinen mir seinen vorhergehenden zu widersprechen; zum mindesten ist eine nähere Begründung dieser letzteren Ansicht nicht gegeben, auch nicht eine Erläuterung, wie man an der zivilistischen Natur des Prozeßvergleiches festhalten kann, wenn man nicht einmal den Begriff des Zivilrechts auf ihn für anwendbar erklärt.[1])

Da aber diese Ansicht Kohlers nicht näher begründet ist, und wir es augenblicklich mehr mit den Gründen der verschiedenen Ansichten, als mit diesen selbst, zu tun haben, so können wir uns auch mit einer Konstatierung der Tatsache begnügen, daß im übrigen Kohler, auch § 18 fg. desselben Aufsatzes, an seiner alten Ansicht festhält, die wir als durchaus konsequent und in sich geschlossen bezeichnen mußten, und die nur m. E. eines schlagenden gesetzlichen Beweises für die wirklich prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleichs entbehrt.

## § 4.

## III. Die gemischten Theorien.

Als einheitliches Prinzip dieser Theorien ist nur der Satz aufzustellen, daß sämtliche Schriftsteller dieser Klasse den Prozeßvergleich für den gleichnamigen Vertrag des bürgerlichen Rechts mit den Besonderheiten des § 794 Nr. 1 und zugleich für eine Prozeßhandlung und zwar für eine praktisch und theoretisch höchst wichtige Prozeßhandlung halten.[2])

---

[1]) Ähnlicher Ansicht ist neuerdings Hedemann (s. unten), der aber den Widerspruch auszumerzen sucht und so die Kleinfeller'sche Ansicht (s. S. 68 fg.) vertritt.

[2]) Dies ist auch im allgemeinen die Grundanschauung der Kommentare.

Die Konsequenzen, die jedoch hieraus gezogen werden, sind sehr verschiedene; so daß sich hierüber etwas Einheitliches nicht mehr sagen läßt.

Hervorzuheben ist nur, daß hier die meisten Schlüsse aus der inneren Verwandtschaft mit anderen Rechtsinstituten, vor allem dem rechtskräftigen Urteil, sowie aus der Analogie, den Wesen des Vergleiches und der Natur der Sache gezogen werden.

Voranzustellen ist der Hauptvertreter dieser Theorie:

### 1. Wach.

(Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, sowie bei Gruchot Bd. 30 S. 779 fg.).

Wach stellt folgende Hauptsätze auf:

I. Es gibt zivilistische Rechtsgeschäfte, die zugleich Prozeßhandlungen sind: Ein solches ist der Prozeßvergleich.

II. Vor allem ist der Prozeßvergleich prozeßbeendende Handlung, darum prozeßerhebliches Handeln, also Prozeßhandlung.

Gründe:

a) Es folge aus seinem Wesen und sei
b) indirekt anerkannt in §§ 296, 510, 98, 81, 83, 794, 1 CPO. und in §§ 21, 23, 46 GKG.

Das unter a) angeführte ist m. E. kein stichhaltiger Grund, da die Behauptung, sein Wesen ergäbe ganz von allein schon den Charakter als Prozeßhandlung, wohl zu unbestimmt ist, als daß man darin einen Beweis für die prozessuale Natur des Prozeßvergleichs, insbesondere eine Widerlegung der Gegner erblicken könnte. M. E. nach müßte erst wiederum diese Behauptung näher verdeutlicht und bewiesen werden.

Das vermeintliche indirekte Anerkenntnis der CPO. und des GKG. ist leider nur ein indirektes, darum m. E. keins, d. h. ein zwingender Rückschluß darauf, daß die von Wach angeführten Paragraphen von der Voraussetzung ausgingen, der Vergleich beende formell den Prozeß, ist aus keinem der von Wach angeführten Paragraphen zu ziehen. Da indes die näheren Ausführungen hierzu, aus dem Grunde, weil der Stoff von Wach nicht ausführlich behandelt wird, sehr kurz ausgefallen sind, so

kann auch eine eingehende Widerlegung nicht versucht werden (s. nur unten unter 1. und 2.).

Wach stützt demnach richtig den Charakter des Vergleichs als Prozeßhandlung auf seine prozeßbeendende Eigenschaft; nur ist auch ihm der Beweis, daß der Vergleich gesetzlich den Prozeß beendet, m. E. nicht gelungen.

In dem Aufsatz bei Gruchot sagt Wach sehr richtig, daß der Umstand, daß der Vergleich Vollstreckungstitel sei, noch nichts für seine prozessuale Natur beweise. (A.M. wohl Wach, Handbuch, S. 577.) Ferner finden sich daselbst noch mehrere andere Beweise für den Charakter des Vergleiches als Prozeßhandlung, die hier noch kurz angeführt werden sollen.

1. § 81 spräche dafür, da durch die besondere Aufführung der Bestellung eines Vertreters für die höheren Instanzen, die noch unzweifelhaft Prozeßhandlung sei, der grammatische Gegengrund entfiele.

2. Die gegenteilige Ansicht widerspräche dem sonstigen Sprachgebrauch des Gesetzes; denn § 85 umfasse unzweifelhaft die Dispositionsakte mit. (Die gegenteilige Behauptung stellt übrigens Jünger unter Nr. 9 und 10 auf, vergl. oben S. 19, 20.)

3. § 67 müsse lediglich infolge der Rechtsstellung des Nebenintervenienten einschränkend ausgelegt werden.

4. Die Normierung durch das Prozeßgesetz ergäbe das an sich schon.

5. Es sei rationell und entspräche dem praktischen Bedürfnis, den Vergleich als Prozeßhandlung aufzufassen; (eine Ansicht, der wohl Küntzel und Jünger kaum beistimmen würden).

Über das Argument 1. siehe vor allem Jünger unter Nr. 5 (S. 17).

Richtig ist, daß § 81 nichts gegen Wachs Ansicht beweist. Genau so wenig, wie gegen ihn, beweist er aber etwas für ihn.

Wie oben dargetan wurde, ist der § 81 viel zu unbestimmt, als daß man mit ihm etwas für oder gegen den Charakter des Prozeßvergleichs als Prozeßhandlung beweisen könnte.

Genau so steht es mit Wachs Argument unter 2. Hier soll § 85 „unzweifelhaft" die Dispositionsakte mit umfassen. Auch

dieser Paragraph ist viel zu farblos, als daß man mit ihm etwas dartun oder wahrscheinlich machen könne. Das Gegenteil wird sogar ausdrücklich für den Fall des § 85 von Jünger und Küntzel behauptet. Unzweifelhaft ist also die Wahrheit des Satzes, daß § 85 die Dispositionsakte mit umfasse, wohl keinesfalls.

Auch sonst ist keine Stelle der CPO. erfindlich, die den Vertretern der rein privatrechtlichen Theorie direkt widerspräche, insbesondere den Umfang des Wortes Prozeßhandlung im gegenteiligen Sinne festlegt.

Daß Punkt 4 ein etwas äußerliches Argument enthält, das uns jedenfalls logisch nicht zwingt, ist m. E. wohl kaum zu bestreiten. (Vergl. übrigens das unten bei Muskat S. 36 unter b gesagte.)

Das unter 3. Bemerkte ist dagegen richtig, soweit es das Negativum enthält, daß an sich aus § 67 noch nichts gegen den Charakter des Vergleichs als Prozeßhandlung zu entnehmen sei.

Der unter Nr. 5 angeführte Grund ist in Wahrheit, wie wir bereits gesehen haben, eine hoffnungslose Kontroverse, da es kaum möglich ist, eine bestimmte Behauptung aufzustellen, auf welcher Seite die gesetzgeberischen Vorteile überwiegen.

Schließlich dürfte der Satz Wachs bedenklich, vor allem unbewiesen sein, Existenz und Wirkung des Prozeßvergleiches beurteile sich lediglich nach dem Prozeßgesetze.

## 2. Wachenfeld.

(Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 64 S. 201 fg.)

Wachenfeld stellt folgende Sätze auf:

1. Der Vergleich ist prozeßbeendende Handlung; er löst das prozessuale Verhältnis unmittelbar durch die Handlung der Parteien, ohne daß ein richterliches Urteil erfolgt, und zwar schon der formelle Abschluß, nicht nur der zivilistisch unanfechtbare Vergleich.

Ein Beweismittel für diese Sätze ist eigentlich gar nicht angegeben; nur wirft Wachenfeld gegenüber der Ansicht, daß der Vergleich, der vom erschienenen notwendigen Streitgenossen zivilistisch gültig für den Säumigen abgeschlossen wurde, auch für den Säumigen den Prozeß beende, die Frage auf:

„Soll die Rechtsbeständigkeit der prozessualen Handlung davon abhängen, daß sie dem materiellen Recht entspricht?" Wachenfeld arbeitet also mit Nützlichkeitserwägungen, die aber m. E. viel zu wenig durchschlagend sind, als daß man damit allein einen Rechtssatz als gegenwärtig existent oder die Unanwendbarkeit eines wirklich bestehenden beweisen könnte.

2. Der vor dem Richter abgeschlossene Vergleich hat die Wirkungen eines Urteiles.

Für diese sehr weitgehende Behauptung wird als Beweis nur auf § 794 Nr. 1, 2 ZPO. verwiesen. Was das bedeutet, ist aus dem Vorhergehenden bereits zur Genüge klar.

3. Auch ist nach Wachenfeld der Vergleich Prozeßhandlung; denn als Prozeßhandlungen müssen alle Handlungen angesehen werden, aus denen sich der Prozeß als Ganzes zusammensetzt, mithin sowohl Vergleich als Anerkenntnis und Verzicht. Es ist nun ein Beweis, daß der Vergleich den Prozeß beendet, und somit als Ganzes zusammensetzen hilft, nicht angetreten worden.

### 3. Muskat

(in Boedikers Magazin Bd. 8 S. 201 fg.).

Muskat stellt ebenso wie Wach den Satz in den Vordergrund, daß der Prozeßvergleich sowohl zivilistisches Rechtsgeschäft als Prozeßhandlung sei, und zwar sei er eine Prozeßhandlung mit der gleichzeitigen speziellen Eigenschaft des zivilen Rechtsgeschäftes. Er sei darnach eine besondere Spezies der Prozeßhandlung, kein Gegensatz zu ihr.

Seine Legitimation als Prozeßhandlung erhalte der Vergleich auf jeden Fall dadurch, daß er den Prozeß beende.

Als Gründe führt Muskat an:

1. Die bekannten Wendungen der Zivilprozeßordnungen und des Gerichtskostengesetzes („beseitigen", „beilegen"), die, wie wir gesehen haben, genau genommen, nichts beweisen.

2. Die Zulassung der Zwangsvollstreckung aus dem Prozeßvergleich stelle ihn schon insoweit einem rechtskräftigen Urteile gleich. Das ist richtig, nur der Analogieschluß auf die Anwendbarkeit der

sonstigen Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils ist bedenklich; zumal die innere Verwandtschaft beider Institute nur durch diese einzige Wirkung dargetan werden soll, die auch den Urkunden des § 794 Nr. 5 eigen ist.

3. Die Frage, wodurch der Prozeß im Falle eines Vergleiches sonst zu Ende gebracht werden könne, wenn nicht durch den Prozeßvergleich selbst.

Die Antwort auf diese Frage geben Muskat die Schriftsteller der ersten Gruppe und es ist keine Widerlegung, wenn Muskat wie bereits Wach getan hat, dem gegenüber darauf hinweist, daß im Falle einer im Vergleiche liegenden Klagrücknahme die Regeln dieser angewendet werden müßten, da dies auch bezw. der Kostenregelung nicht bestritten zu werden braucht.

Muskat meint ferner, das gemeine Recht habe nicht behauptet, daß der Vergleich keine Prozeßhandlung sei; die Dispositionsakte seien nur von den gemeinrechtlichen Schriftstellern als besondere Art der Prozeßhandlungen hervorgehoben worden. Dies ist richtig; vgl. aber hiergegen Eccius 1 a (s. oben S. 12).

Ferner gewährt Muskat dem Prozeßvergleich gegenüber die Nichtigkeitsklage analog den hierüber gegenüber dem rechtskräftigen Urteile bestehenden Bestimmungen der Zivilprozeßordnung.

Die Begründung dieses Analogieschlusses ist wiederum die schon oben besprochene Meinung, die Prozeßordnung stelle, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch tatsächlich den Vergleich in Bezug auf seine Wirkungen dem rechtskräftigen Endurteile gleich.

Der Vergleich im Sühneverfahren ist nach Muskat auch Prozeßhandlung, indem er die Ladung zum Sühneversuch als Prozeßbeginn bezeichnet. Diese dem Gesetze widersprechende Terminologie, die den Prozeß durchgängig erst mit der Klagerhebung oder dem Akt, der ihr ausdrücklich gleichgestellt ist, beginnen läßt, wird gefolgert

a) daraus, daß die Prozeßordnung das Sühneverfahren geregelt habe,

b) daraus, daß die Kosten des Sühneverfahrens als Teil der Kosten des nachfolgenden Rechtsstreites behandelt werden sollen, ohne zu bedenken, daß der Inhalt der Zivilprozeßordnung nicht

notwendigerweise nur Bestimmungen enthalten kann und darf, die sich auf den Prozeß selbst beziehen, sondern auch Bestimmungen über Einrichtungen enthalten kann, die außerhalb des Prozesses liegen, aber mit ihm zusammenhängen und daß der allgemeine Sprachgebrauch einen Prozeß vor der Klagerhebung und dem, was ihr gleichgesetzt wird, nicht kennt, hier aber die Klagerhebung nach erfolglosem Sühneverfahren noch nachzufolgen hat.

Daß die „Behandlung" als Kosten des Rechtsstreites die Kosten des Sühneverfahrens noch nicht zu den Kosten des Rechtsstreites selbst macht, ist logisch klar. Daß ferner §§ 81 und 83 nichts gegen Muskat beweisen, ist nach den bei der Besprechung der anderen Schriftsteller bereits angestellten Erwägungen zuzugeben. Doch beweisen sie dadurch noch nichts für Muskat. Ferner ist es eine unbewiesene Behauptung, daß § 85 für Muskat spräche; denn es widerspricht gerade dem Wortlaut des § 85, welcher das Geständnis ausdrücklich als tatsächliche Erklärung definiert, das Rechtsgeschäft des Anerkenntnisses eines Anspruchs, mag man dasselbe als zivilistisches oder prozessuales auffassen, für eine Abart des Geständnisses zu erklären.

Also auch Muskat ist ein logischer Beweis dafür, daß der Vergleich den Prozeß beende und Prozeßhandlung sei, nicht gelungen.

Schließlich soll noch darauf hingewiesen werden, daß Muskat im Gegensatz zu Jünger und Küntzel die Anwendung des § 54 auf den Prozeßvergleich unbedenklich und notwendig erscheint; denn der lässige Vormund könne durch prozessuale Versäumnisse größeren Schaden anrichten, als durch Vergleichsabschlüsse; auch würde ja der Vormund vor dem Abschluß eines Prozesses vom Richter belehrt. Andererseits würde, wenn die Vergleiche z. B. eines Vormundes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedürften, eine bedingte Beendigung des Prozesses zustande kommen, eine Einrichtung, welche die Prozeßordnung nicht kenne.

Letztere Behauptung ist aus dem Gesetze nicht zu beweisen und bloß auf Grund eines wiederum versteckten, darum aber nicht minder weitgehenden Analogieschlusses vom Urteil auf den Vergleich ausgesprochen.

Richtig ist hingegen die Schlußbemerkung, in der Muskat gegenüber der rein privatrechtlichen Theorie betont, daß der Zwiespalt, welchen das Prozeßrecht in das Zivilrecht hineingetragen habe, zwar nicht dem Ideale möglichster Rechtseinheit entspräche, sich aber andererseits nicht einfach auf Kosten des Prozeßrechtes aus der Welt schaffen lasse.

### 4. Brettner

(bei Gruchot, Bd. 28 S. 318 fg.).

Brettner versteht unter Prozeßhandlung, s. E. entsprechend dem gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauche, jede Handlung innerhalb des Prozesses.

Hiernach müßte allerdings ein nach der Klagerhebung vor einem Gericht geschlossener Vergleich auf jeden Fall Prozeßhandlung sein; denn zeitlich und örtlich bewegt er sich innerhalb des Prozesses. Es kann dem gegenüber allerdings nur behauptet werden, daß nach dem Sprachgebrauch der Juristen unter dem Ausdruck Prozeßhandlung wohl ganz allgemein etwas enger ein für die Durchführung des Prozesses erhebliches Handeln tatsächlich verstanden wird. Denn die Handlung darf doch nicht nur zeitlich und örtlich mit dem Prozesse zusammenfallen, sondern muß auch mit dem formellen Verfahren, d. h. eben Prozeß, zusammenhängen, auf dasselbe Bezug haben, für dasselbe wenigstens formell erheblich sein. Das bedeutet nach grammatischer genauer Zerlegung und tatsächlichem juristischem Gebrauch (Brettner ist der einzige Schriftsteller dieser anderen Ansicht) wirklich nur eine Prozeßhandlung. Ein Handeln innerhalb eines Prozesses besagt das aber nicht, darf es auch nicht besagen, sonst würde Brettners Definition seiner Beweisführung nicht mehr dienlich sein. Oder: Nennt man je eine Zahlung der Klagschuld nach Klagerhebung eine Prozeßhandlung?

Durch diese Definition will nämlich Brettner unter allen Umständen die Anwendbarkeit des § 54 auf den Prozeßvergleich bewiesen haben, selbst wenn man ihm keinerlei Einfluß auf den Prozeß selbst zuschreiben sollte, da er sich auf die etwaigen prozessualen Wirkungen des Prozeßvergleiches nicht näher einläßt.

Auch der Satz, § 54 „wolle nur sagen", die Vertretung prozeßunfähiger Personen sei eine derartig uneingeschränkte, daß alle nach dem bürgerlichen Recht bestehenden besonderen Ermächtigungen abgeschafft seien, ist eine unbewiesene Behauptung auf Grund der Einführung einer m. E. lediglich vermeintlichen ratio legis.

Brettner macht gegenüber Küntzel richtig geltend, daß die Motive zur CPO. eher für ihm sprechen und § 85 nicht durchschlagend ist (vergl. das oben zu Küntzel S. 21 Nr. 3 Gesagte); auch die legislatorischen Bedenken Küntzels weist er mit Recht zurück, ersetzt sie allerdings durch die bereits von Muskat geltend gemachten legislatorischen Erwägungen. Das Sühneverfahren rechnet er gegenüber Küntzel mit Recht nicht zum Prozeß; nur vermißt er mit Unrecht bei der Küntzel'schen Unterscheidung von zivilistischen Dispositionsakten über den Anspruch und Handlung, die nur zur Durchführung des Prozeßverfahrens dienen, das unterscheidende Merkmal.

Das einzige wirkliche beachtenswerte Beweismittel für die Anwendbarkeit des § 54 auf den Vergleich ist sonach Brettners Definition von dem Begriffe Prozeßhandlung, welches jedoch nach obiger Auseinandersetzung auch nicht als durchschlagend erscheinen kann.

### 5. Planck.

(Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.)

Äußerst komplizierte und schwierige Konstruktionen des Prozeßvergleiches enthalten die Theorien Plancks und Troeltschs; jener ist der Urheber einer besonderen Konstruktion des Prozeßvergleichs, dieser hat sie weiter ausgebaut.

Nach Planck hat der Kläger zweierlei publizistische Rechte geltend gemacht, d. s.

1. den Anspruch auf Entscheidung über ein angeblich zwischen ihm und dem Beklagten bestehendes Rechtsverhältnis,
2. den Anspruch, daß hierin zu seinen Gunsten entschieden werde.

Das erste Recht ist gemeint als das Recht jedes Staatsbürgers, das zweite Recht ist gedacht als das öffentliche Recht

eines materiell Berechtigten gegenüber dem Staat, daß sein materielles Recht zur Klarstellung und Durchführung gebracht werde. Ebenso wie der Kläger, so hat der Beklagte dieselben Ansprüche.

Wie der Kläger in seiner Klage einseitig beide Rechte geltend gemacht hat, so kann er auch einseitig auf sie verzichten; ebenso kann der Beklagte auf seine Prozeßrechte verzichten. Der Verzicht auf den ersten Anspruch von seiten des Klägers heißt Klagrücknahme. Der Verzicht auf den zweiten Anspruch von seiten des Klägers heißt Verzicht.

Der einseitige Verzicht auf die Verteidigung heißt Geständnis bezw. Anerkenntnis.

Der Vergleich ist nach Planck nun

1. ein solcher einseitiger Verzicht des Klägers natürlich gegenüber dem Prozeßgericht,
2. der zivilistische Vergleichsvertrag unter den Parteien, eventuell
3. ein teilweiser Verzicht des Beklagten auf die Verteidigung.

Dies setzt voraus, daß der Kläger stets in einem Vergleiche auf einen Teil des Klaganspruchs verzichtet, denn, wohl gemerkt, Planck sagt ausdrücklich, daß der Kläger im Vergleich auf den oben unter 2. genannten Anspruch, nicht den unter 1. genannten Anspruch, verzichtet. Auch meint er, daß publizistischer Verzicht auf das Klagrecht stets auch einen zum mindesten teilweisen Verzicht auf den materiellen Anspruch im zivilen Vergleichsvertrage selbst voraussetzt; das folgt notwendig aus dem Gegensatze, nämlich der Annahme, daß das unter 3. genannte Erfordernis beim Vergleiche nur dann für gegeben zu erachten sein soll, wenn der Beklagte wirklich teilweise die klägerische Forderung materiell im Vergleiche anerkennt.

Schon Kretzschmar a. a. O. S. 62, Anm. 1 hat mit Recht darauf hingewiesen, daß diese Konstruktion den Fall nicht deckt, daß der Kläger im Vergleiche volle Befriedigung seines Klaganspruches erhält bezw. versprochen erhält und den Beklagten anderweit entschädigt. Dieser Fall ist jedoch genau so denkbar

und in der Praxis nahezu ebenso häufig, wie die anderen Möglichkeiten des Vergleichsvertrages.

Abgesehen aber davon, daß schon dadurch die theoretische Konstruktion mit der gesetzlichen Regelung nicht übereinstimmt, so soll es uns hier vor allem darauf ankommen, zu zeigen, wie wenig nutzbringend im Grunde genommen das Bilden solcher rein theoretischen Konstruktionen ist und zu welchen dem Gesetze direkt widerstreitenden Resultaten man dadurch leicht gelangt.

1. Schon oben ist gezeigt, daß die Planck'sche Konstruktion in Widerspruch mit der gesetzlichen Regelung des Vergleiches steht, die mit der Einführung dieses zivilistisches Begriffes in die Zivilprozeßordnung jede Möglichkeit desselben für den Prozeßvergleich für verwertbar erklärt.

2. Auch abgesehen davon entspricht diese Konstruktion insofern nicht den tatsächlichen Verhältnissen, als es weder vom Gesetz erfordert wird, noch tatsächlich der Fall ist, daß der Kläger in einem Vergleichsvertrag oder durch diesen dem Gericht eine Erklärung des Inhalts abgeben wolle, daß er auf sein öffentliches Recht auf günstige Entscheidung, auf Zuerkennung des in der Klage bezeichneten privatrechtlichen Anspruches verzichte. Und so kommt es, daß Planck, Bd. I S. 306, 307, selbst anerkennt, daß die gesetzliche Regelung seiner Konstruktion im Resultat nicht entspricht. Er sagt: „Insoweit der Vergleich gerichtlicher Verzicht ist, nämlich des Klägers auf das jetzt verfolgte Klagerecht, des Beklagten auf die Verteidigung dagegen, würde an sich der Gegner ein Endurteil auf Abweisung bezw. Verurteilung, sowie über die noch nicht rechtskräftig entschiedenen Kosten des Rechtsstreites verlangen können. Beides ist anders bestimmt. Statt dem Gegner, wie sonst, jenen Entscheidungsanspruch zu gewähren, wird in diesem Fall der klägerische Verzicht als Surrogat des verurteilenden Endurteils behandelt, das Erkenntnis über die Kosten durch die bereits oben erwähnte gesetzliche Vorschrift ersetzt, u. s. w."

Wäre es nicht natürlich, d. h. logisch der gesetzlichen Regelung entsprechend, statt mit einem Verzicht zu operieren, der hier die „gewöhnlichen" Folgen nicht haben soll, dem Vergleichsvertrage als solchen seine Wirkungen zuzuschreiben, selbst wenn wir im übrigen

anerkennen sollten, daß die Parteien sonst im Prozesse zueinander gar nicht, sondern nur beide einseitig zum Prozeßgerichte in einem publizistischen Rechtsverhältnisse stehen. Das Gesetz ist ermächtigt, seine Rechtswirkungen an die Tatbestände zu knüpfen, an die es jene zu knüpfen für praktisch hält, und es wäre ein schlechtes Gesetz, wenn es hiervon der einheitlichen Durchführung einer theoretischen Konstruktion zuliebe eine Ausnahme machen wollte. Damit sind wir aber, wie gesagt, noch lange nicht legitimiert, theoretische Konstruktionen zu bilden, sie dem Gesetze als dessen wahren Inhalt unterzuschieben und dann wiederum die gesetzliche Regelung in der Hauptsache als Abweichung vom Prinzipe zu bezeichnen.

3. Wir sehen, einen praktischen Wert hat diese Konstruktion, insoweit sie sich wenigstens mit dem Prozeßvergleich beschäftigt, nicht, da selbst die prozeßbeendende Eigenschaft des Prozeßvergleichs aus ihr direkt nicht gefolgert wird. Behauptet ja Planck selbst, daß nach ihr an sich die Ansprüche der Parteien auf günstiges Urteil nicht erloschen seien, da der im Vergleich nicht verzichtende Teil seiner Prozeßrechte nicht verlustig gehe. Nur einen Satz stellt Planck auf, der unter Umständen praktisch erheblich sein könnte, und das ist die Behauptung (S. 301), daß in dem gerichtlichen Verzicht auf das Klagrecht zugleich immer die Zurücknahme der Klage liege, es seien daher insoweit die Sätze des folgenden Paragraphen (der von der Klagrücknahme handelt) auch bei ihm anzuwenden! Da nun der Verzicht auch Element des Prozeßvergleiches ist, so enthält dieser somit auch eine Klagrücknahme, und die Sätze über diese sollen auch auf den Prozeßvergleich angewendet werden.

Weil ferner Planck eine selbständige prozeßbeendende Wirkung des Vergleiches annimmt, so hätten wir an sich zwei selbständige Beendigungsgründe eines Prozesses nebeneinander und wir wüßten nicht, welche Regeln anzuwenden seien. Doch nimmt es Planck glücklicherweise mit dieser Bemerkung nicht ernst; denn er zieht keine einzige praktische Folgerung daraus, sondern läßt immer die besonderen Wirkungen des Vergleiches allein gelten (z. B. hinsichtlich der Kostenfrage); indes hätte sie eine gefährliche Klippe für ihn werden können.

Wir sehen, auch hier ist diese Konstruktion nutzlos und insofern beinahe irreführend, als die drei Institute der Klagrücknahme, des Verzichtes auf den Anspruch und des Vergleichs dadurch, daß allerdings in jedem Falle mit ihrer Vornahme der Kläger zu erkennen gibt, daß er auf eine Entscheidung bezw. auf eine ihm günstige Entscheidung verzichtet, durcheinandergeworfen werden.

4. Eine weitere theoretische Konstruktion Plancks ist m. E. nach bedenklicher, indem er nämlich den Verzicht der Parteien als Urteilssurrogat behandelt. Allerdings behauptet Planck vorsichtigerweise, daß das Gesetz diese Verzichtserklärungen nur als solche „behandele", doch müßte ihm zum mindesten die Vergewaltigung seiner eigenen Konstruktion befremden, denn seine Theorie verweist ihn auf ein deklaratorisches Urteil und die erfolgreiche Probe auf seine Konstruktion ist ihm vom Gesetz versagt. Im Gegenteil, er findet sich nicht nur leicht mit dieser Tatsache ab, sondern er schließt diese doch enorm praktisch wichtige und seiner ersten Theorie widersprechende folgenschwere Tatsache, daß der Prozeßvergleich Urteilssurrogat sei, allein aus der gesetzlichen Zulassung der Zwangsvollstreckung aus dem Prozeßvergleich, wodurch derselbe dem rechtsgültigen Endurteile gleichgestellt werde. Er begnügt sich aber nicht, wie andere Schriftsteller, allein mit dem Vergleiche oder mit der Folgerung der unmittelbaren Prozeßbeendigung oder damit, hieraus vielleicht noch eine andere weniger bedeutsame Folge des Prozeßvergleichs zu konstruieren, sondern er überträgt, soweit nur möglich, die Wirkungen eines rechtskräftigen Endurteils auf den Vergleich. Er bildet somit bereits den Übergang zu der letzten Gruppe der theoretischen Meinungen.

Aus dieser Entwicklung der Planck'schen Theorie ist m. E. leicht ersichtlich, wie gewagt dieselbe ist und wie sehr Gesetz und Konstruktion voneinander abweichen.

Nur insoweit sucht Planck seine Behauptungen einzuschränken (wenn er auch die praktischen Konsequenzen derselben dadurch keineswegs eingeschränkt wissen will), als er Anm. 28 S. 307 folgendes bemerkt:

„Die Vergleichung des verurteilenden Endurteils paßt allerdings unmittelbar nur auf den im Prozeßvergleich enthaltenen beklagtischen Verzicht auf die Verteidigung, also sein Anerkenntnis. Daß auch die sonstigen verabredeten Leistungen in der Hauptsache und rücksichtlich der Kosten der sofortigen Zwangsvollstreckung unterliegen, findet sein »Analogon« in der Vollstreckbarkeit exekutorischer Schuldurkunden nach § 794, 5."

Eine Rechtfertigung kann er mit dieser Bemerkung, wie leicht einzusehen, allerdings nicht erzielen und in dem Leser nur die Vorstellung erwecken, als ob dem Verfasser doch eine Ahnung über das Weitgehende seines Analogieschlusses aufgegangen wäre.

5. Im übrigen bestimmt sich nach Planck Begriff und Gültigkeit des Prozeßvergleiches nach dem Zivilrechte, weshalb Planck auch zu dieser Gruppe der Schriftsteller zu zählen ist. Nur wird behauptet, daß der Vergleich im Sühneverfahren auch als Prozeßvergleich behandelt sei, augenscheinlich ein Schluß von seiner Vollstreckbarkeit aus. Auch wird, wie bei Muskat (vergl. S. 36), § 510 Abs. 3 ins Treffen geführt. Damit es auch an einer theoretischen Konstruktion nicht fehle, so soll das Amtsgericht in diesem Falle „gleichsam" als vom künftigen Prozeßgericht ersuchter Richter (sic!) handeln.

6. Schließlich soll nur noch bemerkt werden, daß Planck (a. a. O. Bd. I S. 223 Note 13) behauptet, daß die Beseitigung des Rechtsstreites durch Vergleich, Verzichtsleistung oder Anerkenntnis keine Prozeßhandlung im Sinne der CPO. sei. Allerdings begnügt er sich zum Beweise dieser vielumstrittenen Behauptung mit dem Verweise auf § 81 CPO. und die Motive zur Zivilprozeßordnung, S. 472, weshalb wir uns hiermit nicht weiter zu beschäftigen brauchen. Nur ist es sehr verwunderlich, daß gerade ein Verteidiger der Urteilssurrogatnatur des Prozeßvergleichs nicht mehr Mühe darauf verwendet, den Begriff des Prozeßvergleiches wenigstens auch für den der Prozeßhandlung zu retten. Andererseits nennt er den Verzicht auf den Klaganspruch, also einen selbst nach seiner Ansicht wesentlichen Bestandteil des Prozeßvergleiches (S. 302) Prozeßhandlung. Wie soll sich dieser Widerspruch erklären lassen?

## 6. Troeltsch.

(Über den Prozeßvergleich im geltenden Rechte.)

Wie schon oben erwähnt, hat Troeltsch die Lehre Plancks weiter ausgebaut. Zunächst rühmt er das Verdienst Plancks, mit der Trennung von materiellen und formellen Rechtsstoff eine „exakte Erklärung" der auf beiden Gebieten zutage getretenen Wesenerscheinungen ermöglicht zu haben. Wie es damit aussieht, haben wir soeben gesehen. Nur möchte ich hier nochmals darauf hinweisen, daß Planck selbst durch diese Konstruktion die prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleiches weder gesetzlich nachgewiesen noch „erklärt" hat, wie Troeltsch rühmt; wenn wir überhaupt diesen m. E. etwas mystischen Ausdruck gebrauchen wollen, da es sich hier doch weniger darum handelt, zu begreifen, wie das Gesetz zu dieser wunderbaren Tatsache gekommen ist, sondern darzutun, zu beweisen, daß es wirklich die Meinung des Gesetzes ist, mit dem Vergleichsabschluß den Prozeß formell zu Ende gehen zu lassen.

Planck hat aber aus seiner Konstruktion weder diese prozeßbeendende Wirkung des Vergleiches logisch deduziert, noch ihr Vorhandensein gesetzlich nachgewiesen; denn er macht bei dem Satze Halt, daß durch die prozessuale Verzichtserklärung im Vergleich wohl der Verzichtende, soweit er verzichtet, seiner Prozeßrechte verlustig geht, nicht aber die andere Partei, die, wie er ausdrücklich erwähnt, ihren Anspruch auf ihre günstige Entscheidung nach seiner Konstruktion behalten müsse. Auch geht aus Plancks Worten deutlich hervor, daß für ihn erst der Prozeß beendet ist, wenn beide Parteien keine Prozeßrechte mehr haben. Daß nun trotzdem der Prozeß positiv zu Ende ist, folgert er lediglich aus dem § 794 Nr. 1, d. i. der direkten Zulassung der Zwangsvollstreckung aus dem Prozeßvergleich, und erst auf Grund dieser Bestimmung wird ihm mittels seiner Konstruktion der Prozeßvergleich zum Urteilsurrogate. Indem nun Planck die Wirkung des rechtskräftigen Urteils, ohne dafür, wie wir oben sahen, einen Anhalt im Gesetze zu haben, auf den Prozeßvergleich überträgt, beweist er gesetzlich seine Urteilsurrogatsnatur nicht;

aber auch seine Konstruktion hat nicht einmal eine Erklärung dafür; denn sie läßt die Frage offen: wie kommt das Gesetz dazu, auf Grund der im Vergleich liegenden Verzichtserklärungen seitens der Parteien nicht ein deklaratorisches Urteil, sondern an Stelle derselben nur ein Urteilssurrogat zuzulassen? Ferner: wie kommt das Gesetz dazu, dem Urteile in Wesen und Wirkung eine Parteierklärung gleichzustellen? Beruft sich Planck auf die gesetzliche Tatsache, dann gut; aber er will uns doch gerade mehr bieten: eine logische Deduktion aus einer bestimmten Grundidee. Und das vermag seine Konstruktion nicht.

Somit findet die prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleiches durch die Planck'sche Konstruktion nicht, wie Troeltsch behauptet (a. a. O. S. 39), eine zufriedenstellende Erklärung.

Wie es um die weitere Troeltsch'sche Behauptung steht, wonach die Entgegnung, die Planck'sche Theorie finde im Gesetze keinen Anhaltepunkt, an der Erwägung hinfällig werden soll, daß auch für die privatrechtliche Theorie das Gesetz unmittelbar Anhaltspunkte nicht biete, und dieselbe obendrein zu unbefriedigenden Konsequenzen führe, darüber geben die Erörterungen bei Jünger und Küntzel (vergl. Anm. zu S. 23) Auskunft. Vor allem beweist man nichts für die Richtigkeit seiner Theorie, wenn man behauptet, auch eine andere sei nicht richtig. Denn daß es hier mehr als zwei Möglichkeiten theoretischer Konstruktion gibt, sobald man sich nicht mehr „unmittelbar" ans Gesetz hält, ist ohne weiteres klar, und in Wirklichkeit gibt es ja auch eine sehr große Auswahl solcher Konstruktionen.

Troeltsch selbst schlägt nun auch wirklich einen anderen Weg ein, um zu einem besseren Resultate wie Planck zu kommen. Wir haben zuzusehen, inwieweit es Troeltsch gelungen ist, die von ihm behaupteten Wirkungen des Prozeßvergleiches mittels seiner eigenen Konstruktion zu beweisen und zu erklären. Dies ist vor allem schon deshalb nicht leicht, weil Troeltsch seinen Standpunkt gegenüber dem Planck'schen nicht genug präzisiert und nirgends das Verhältnis seiner Konstruktion zur Planck'schen Theorie klar zu machen sucht. So kommt es, daß Kretzschmar in seiner

Kritik (a. a. O. S. 65) ihn einfach von der Planck'schen Begriffsbestimmung aus und darum, wie mir scheint, nicht ganz zutreffend beurteilt.

Auch Troeltsch ist der Prozeßanspruch der öffentlich-rechtliche, vom Privatrecht gänzlich verschiedene Anspruch auf ein der Partei günstiges Urteil. Er sagt damit, daß dieser Anspruch nicht nur den Anspruch auf Urteil umfasse, sondern sich auch auf günstiges Urteil erstrecke. Auf seiten des Klägers oder Widerklägers oder der Partei, die eine Kompensationseinrede geltend macht, heißt dieser Prozeßanspruch Angriffsanspruch, auf seiten des Gegners Verteidigungsanspruch. Der Angriffsanspruch wird — um vom häufigsten Falle auszugehen — existent mit der Klagerhebung, der Verteidigungsanspruch mit der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache. Jener beansprucht ein verurteilendes, dieser ein abweisendes Erkenntnis.

1. Verzicht auf den Prozeßanspruch ist auch Troeltsch der Verzicht auf günstiges Urteil, doch — und das ist der durchgreifende Unterschied zur Planck'schen Theorie — nicht in dem Sinne, daß nun der Gegner ein günstiges Urteil für sich verlangen könne, sondern in dem Sinne, daß der Verzichtende überhaupt auf Urteil, wie überhaupt auf alle Prozeßrechte, verzichtet, d. h. natürlich auch auf ihm günstige Entscheidungen. Troeltsch nimmt den Begriff des Verzichtes auf günstiges Urteil wörtlich und das ist ein Vorteil gegenüber der Planck'schen Theorie. Denn bei Planck ist der Verzicht auf günstiges Urteil der Begriff des § 306: Der materielle Anspruch ist dadurch immer mitbetroffen. Planck ist der Verzicht auf das Klagrecht gewissermaßen nur die öffentlich-rechtliche Seite des privatrechtlichen Verzichts, obgleich er andererseits beide Begriffe vollkommen auseinanderhält. Troeltsch aber ist konsequent, und führt diese Trennung logisch vollkommen durch. Dadurch gewinnt er den Vorteil, daß seine Konstruktion auf alle Fälle des Vergleiches anwendbar ist; denn der Verzicht auf Angriffsanspruch ist ihm ein Verzicht auf Urteil schlechthin, wie überhaupt auf alle Prozeßrechte, aber noch nicht auf das materielle Recht und so kann es vorkommen, daß der Kläger auf dieses nicht verzichtet, sondern nur den Gegner im Vergleich anderweit entschädigt.

2. Die prozessuale Verzichtserklärung ist bei ihm also vollkommen getrennt von den materiellen Erklärungen im Vergleiche. Er sagt nicht nur (a. a. O. S. 52): „Der Verzicht auf Prozeßanspruch berührt den materiellen Anspruch an sich nicht", sondern auch (a. a. O. S. 70): „An sich kann der Vergleichsvertrag den prozessualen Erklärungen vorangehen — dies wird wohl in der Regel geschehen — oder nachfolgen." Also auch zeitlich können die Erklärungen vollkommen auseinanderfallen, was Troeltsch a. a. O. S. 70—72 näher ausführt. Daselbst wird auch gesagt, daß es quaestio facti sei, inwieweit der Prozeßverzicht ein materielles Verzichtsanerbieten bezw. Anerkenntnis enthalten solle; ein Beweis für unsere unter 1. ausgesprochene Behauptung. Allerdings meint Troeltsch, daß „die Erklärung des (prozessualen) Verzichtswillens im Prozeßvergleich selten ausdrücklich erfolgen wird"; aber deshalb hält er doch immer an der Möglichkeit ihrer besonderen Abgabe fest, und bindet an sie die wesentliche Folge der Prozeßbeendigung, so daß wir hier eine ganz besondere Prozeßhandlung von Troeltsch konstruiert bekommen, die eben nur den Fehler hat, sich im Gesetze nicht vorzufinden. Planck wähnt insofern noch Boden unter den Füßen zu haben, als die von ihm konstruierte Verzichtserklärung Bestandteil einer tatsächlich im Vergleiche vorhandenen Verzichtserklärung war; hier aber fordert Troeltsch seiner Konstruktion zuliebe eine neue besondere Erklärung, die weder im Gesetz vorhanden, noch tatsächlich je abgegeben worden ist.

3. Da der Angriffsanspruch des Klägers mit der Klagerhebung, der Verteidigungsanspruch des Beklagten aber erst mit der Einlassung zur Hauptsache existent wird, so ist auch analog der Klagrücknahme für den Fall des Vergleiches vor Einlassung des Gegners nur ein Verzicht des Klägers auf den Angriffsanspruch erforderlich, nach erfolgter Einlassung müssen aber stets beide Parteien auf ihre Prozeßrechte verzichten; also muß der Beklagte, nicht wie bei Planck, nur im Falle seines Anerkenntnisses auf seinen Verteidigungsanspruch verzichten, sondern auch, wenn er den Kläger für dessen vollen Verzicht anderweit entschädigt; wiederum ein Beweis, daß Troeltsch, nicht ein materielles Anerkenntnis für den Verteidigungsverzicht voraussetzt. Der Verzicht auf Verteidi-

gung hat in Form der Einwilligung des Beklagten in den klägerischen Verzicht zu geschehen.

4. Da der Verzicht auf den Prozeßanspruch ein Verzicht auf Urteil schlechthin ist, also auch auf günstiges Urteil, so ist bei Troeltsch der Verzicht auf günstiges Urteil nur eine Seite des Verzichts auf Urteil überhaupt. Der Verzicht auf Urteil ist also ein Mehr gegenüber dem Verzicht auf günstiges Urteil. Denn Troeltsch behauptet ja auch, daß der Prozeßanspruch sowohl das Begehren nach Entscheidung schlechthin als auch das Begehren nach günstiger Entscheidung enthalte. Verzichtet nun die Partei auf den Prozeßanspruch, so verzichtet sie stets nicht sowohl auf Entscheidung, als auch auf ihre günstige Entscheidung.

Verzicht auf günstige Entscheidung ist aber bei Troeltsch wörtlich zu nehmen, nicht im Planck'schen, nämlich in dem Sinne, daß hierdurch ein Anspruch des Gegners auf Verurteilung existent wird. Das beweisen folgende Umstände:

a) Troeltsch erfordert nach der Einlassung des Beklagten, daß beide Parteien auf ihre Prozeßansprüche, also, wie wir eben sahen, auch auf günstige Entscheidung verzichten. Es ist aber logisch unmöglich, daß beide Parteien einen Anspruch auf Ver-Verurteilung in derselben Streitsache erhalten.

b) Die Klagrücknahme ist ihm eine Form des Anspruchsverzichts; also auch ein Verzicht auf günstiges Urteil.

c) A. a. O. S. 67 sagt Troeltsch ausdrücklich, daß der Verzicht auf Entscheidung schlechthin den Verzicht auf günstige Entscheidung mitenthalte.

d) Es ist nach Troeltsch quaestio facti, inwieweit der Prozeßverzicht überhaupt ein materielles Verzichtsanerbieten bezw. Anerkenntnis enthält.

Nach Planck (Bd. I S. 300) ist umgekehrt der Verzicht auf Entscheidung überhaupt; denn jener läßt nach ihm ein Recht des Gegners auf Verurteilung existent werden (§§ 306, 307, CPO.), diesen faßt er im Sinne der Klagrücknahme, die dann nach seiner Konstruktion in dem Mehr, d. i. im Anspruchsverzicht enthalten ist (Planck Bd. I S. 301).

So zeigen auch die umgekehrten Folgerungen beider Schriftsteller, daß sie ihre Begriffe verschieden auffassen.

5. Somit ist Troeltsch konsequenterweise die Klagrücknahme eine Form des Anspruchsverzichts. Dieser ist in jener enthalten. Bei Planck ist jene in diesem enthalten.

6. Der teilweise Verzicht auf Prozeßanspruch erstreckt sich nach Troeltsch bei beiden Parteien auf den gleichen Teil des Streitgegenstandes, so daß damit noch nichts darüber gesagt ist, wie die Parteien materiell im Vergleichsvertrage über ihn disponieren. Umgekehrt verzichtet bei Planck die Partei nur auf den Teil ihres Prozeßanspruchs, bezw. dessen die andere ihren Prozeßanspruch aufrecht erhält, so daß durch den teilweisen Verzicht einer Partei wohl das materielle Verhältnis festgestellt ist, jedoch noch kein Schluß darauf gezogen werden kann, inwieweit der Rechtsstreit beigelegt werden soll.

Bei Troeltsch hingegen ist immer notwendig, daß bei einem Vergleiche über einen Teil des Streitgegenstandes auch ein Prozeßanspruchsverzicht beider Parteien (natürlich nach erfolgter Einlassung des Beklagten) bezw. desselben Teiles vorhanden ist.

7. So folgt hieraus der neue Vorteil der Troeltsch'schen Theorie gegenüber der Planck'schen, daß Troeltsch wirklich „erklärt", wie der Prozeß durch den Vergleich selbst und nicht durch Urteil zu Ende kommt, denn die Parteien wollen kein Urteil, auch nicht, soweit der Gegner auf seinen Prozeßanspruch verzichtet; sie verzichten gerade bezw. desselben Teiles auf jegliche Entscheidung. Der Konstruktion Plancks war es eine nicht erklärbare Anomalie, daß das Gesetz im Vergleichsfalle nicht deklaratorische Urteile gewährt, sondern den Vergleich zum Urteilssurrogat macht. Hier folgt das Ende des Prozesses, überhaupt die natürliche Erledigung des Verfahrens daraus, daß beide Parteien, bezw. der Kläger vor der Einlassung des Beklagten erklären, sie wollten nicht über den Streitgegenstand bezw. einen Teil desselben entschieden haben und verzichteten beide auf alle ihre Prozeßrechte. Somit bleibt kein Urteilsanspruch einer Partei bestehen.

8. Der Verzicht auf die sogenannte formelle Seite des Entscheidungsanspruchs ergreift daher den Streitgegenstand genau insoweit, als der Verzicht auf günstige Entscheidung, und es ist m. E.

ein Irrtum Kretzschmars, wenn er von der Troeltsch'schen Theorie behauptet, daß bei ihr der Verzicht des Anspruchs auf Entscheidung den Streitgegenstand in weiterem Umfange umfasse, als der Verzicht auf günstige Entscheidung. Das Gegenteil ist m. E. durch die obigen Ausführungen bewiesen. Troeltsch stellt auch den von Kretzschmar behaupteten Satz nie auf; nur an einer Stelle nennt Troeltsch das Anerkenntnis Verzicht auf günstige Entscheidung. S. 67 sagt nämlich Troeltsch: „Er (= Verzicht auf Verteidigungsanspruch) kann inhaltlich in doppelter Weise gestaltet sein: Entweder als Verzicht auf Entscheidung schlechthin, oder als Verzicht auf günstige Entscheidung. Der erstere schließt zwar den letzteren in sich; allein dieser verdient besonders hervorgehoben zu werden, nachdem ihn die CPO. im Anerkenntnis besonders normiert hat. Behufs leichteren Auseinanderhaltens möchte man ihn als qualifizierten Verzicht auf Verteidigungsanspruch bezeichnen."

Da nun Troeltsch hier behauptet, der Verzicht auf Entscheidung schlechthin umfasse den Verzicht auf günstige Entscheidung, so hätte Kretzschmar aus dieser Stelle allein mit Recht den obigen Schluß gezogen. Dem gegenüber zeigt die obige auf Troeltschs Worte gestützte Darstellung zur Genüge, daß es sich hier nur um ein Versehen Troeltschs handeln kann. Auch der Ausdruck: Qualifizierter Verzicht auf Verteidigungsanspruch läßt darauf schließen, daß Troeltsch sich wohl selbst nicht sicher gefühlt hat.

9. Das führt uns darauf, daß nach Troeltschs Theorie logischerweise Verzicht und Anerkenntnis mehr sind als Verzicht auf Angriffs- bezw. Verteidigungsanspruch, also auch mehr als ein Verzicht auf günstige Entscheidung, indem sie eine materielle Anspruchsdisposition mit umfassen; Troeltsch hat dies in dem Ausdruck „qualifizierten" Verzicht auf Verteidigungsanspruch mehr gefühlt als präzise ausgesprochen. Über den Fall des § 306 hat er aber nichts weiter gesagt und das wäre dringend zur Vermeidung von Mißverständnissen notwendig gewesen. Troeltsch hätte uns darüber genaue Auskunft geben müssen, wie er sich das Verhältnis des Verzichts auf Prozeßanspruch, der nur durch beiderseitige Vornahme seitens der Parteien zur Prozeßbeendigung führt

und der materiellen Rechtslage nicht vorgreift — weshalb auch die Klagrücknahme ein Verzicht auf Prozeßanspruch ist —, zu dem Verzicht und Anerkenntnis der §§ 306, 307 CPO. denkt, und wir können nur hier behaupten, daß sie nach seiner Konstruktion ein „Mehr" enthalten müssen, ohne über dieses Mehr nähere Auskunft geben zu können. Er spricht nur einmal ganz kurz für den Fall, daß sich der Verzicht des Beklagten auf Prozeßanspruch in einem Anerkenntnis, also einem sogenannten qualifizierten Verzicht auf Prozeßanspruch äußert, von prozessualem Feststellungsakt.

10. So hat Troeltsch die prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleiches mittels einer Konstruktion derselben aus materiellem Vergleichsvertrag und formellem Verzicht, einer, eventuell beider Parteien auf ihre prozessualen Rechte erklärt, und wir haben gesehen, in dieser Erklärung fehlt an sich kein logisches Glied. Natürlich ist ihm auch der Vergleich Prozeßhandlung, da er als einen Bestandteil eine formelle prozessuale Erklärung enthält, durch die der Prozeß zu Ende gebracht wird.

11. Für den Vergleichsvertrag gilt Zivilrecht; darum gehört auch Troeltsch dieser Gruppe der Theorien an.

Der Vergleich des § 510 ist ihm kein Prozeßvergleich; er gehört lediglich dem Zivilrecht an, da Prozeßanspruch noch nicht erhoben ist, derselbe aber erst mit der Klagerhebung existent wird.

12. Obwohl nun Troeltsch wohl einen Weg gezeigt hat, wie man zur prozeßbeendenden Wirkung des Vergleiches kommen kann, so hat er uns andererseits aber nicht bewiesen, daß dieser Weg der des Gesetzes ist. Seine ganze Konstruktion ruht auf dem Satze, daß der Prozeß auch in anderer Form als der der Klagrücknahme, nämlich durch Parteierklärung, zu Ende gebracht werden kann. Er hat uns eine solche vorgeführt, behauptet aber hierbei nichts weniger als das Vorhandensein einer ganz neuen, nicht im Gesetze enthaltenen prozessualen Erklärung. Er fordert ferner, daß dieselbe im Prozeßvergleich enthalten sein müsse, ja für seine prozeßbeendende Wirkung wesentlich sei.

Gegenüber dieser sehr komplizierten Konstruktion kann man nur einwenden, daß sie ihre Stütze im Gesetz nicht findet. Insoweit ferner eine prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleichs

aus ihr gefolgert wird, ist dieser Schluß als nicht gesetzlich zurückzuweisen, da man mit selbstgemachten Konstruktionen, die noch dazu auf der Einführung einer besonderen, also nicht gesetzlichen prozessualen Erklärung beruhen, nichts für den Inhalt eines Gesetzes beweist. Dies geht aber auch über den Zweck der Konstruktion hinaus, die eigentlich nach Troeltschs eigenen Worten „nur begreiflich machen soll, warum der Gesetzgeber dem Prozeßvergleich prozeßbeendende Wirkung beilegt unter Ausschluß gerichtlicher Entscheidung", diese Tatsache aber selbst nicht beweisen soll. Darum sprach ich oben von dem Worte „erklären" als einem mystischen Ausdruck; denn nur zu oft wird die Rolle umgekehrt und die Erklärung wird zum Gesetz; sie erklärt dann nichts mehr, beweist auch nichts, sondern bleibt lediglich als Konstruktion in der Luft hängen, solange man den Konstrukteur nicht als Gesetzgeber anzuerkennen gewillt ist. Das hat auch Troeltsch gefühlt und sich nach anderen Stützen umgesehen und hat sich da der Stütze der „unbefriedigenden Konsequenzen bei gesetzlich entgegengesetzter Regelung" bedient. Er sagt S. 63, 64 Anm.:

„Man kann sich hiergegen auf das Gesetz berufen, welches ausdrücklich nur der Zurücknahme der Klage und dem rechtskräftigen Endurteil die Kraft, Rechtshängigkeit zu beenden, verleiht. Dauert aber Rechtshängigkeit nach geschlossenem Prozeßvergleich in gleicher Weise wie nach nicht zugestelltem Endurteile fort, so wird der Beklagte in einem eventuell neuen Prozeß über denselben Gegenstand eines prozessualen Behelfs, der Einrede der mangelnden Kostenerstattung beraubt, sonach in eine ungünstigere Lage insofern gebracht, als er sich materiell einlassen muß, um die exceptio transactionis vorzubringen. Schon Planck (a. a. O. S. 272 fg.) hat noch andere Fälle genannt welche ebenfalls (vergl. insbesondere Ziffer 2) Rechtshängigkeit beendigende Wirkung haben. Diesen wäre der Prozeßvergleich mit Rücksicht auf den in ihm enthaltenen Anspruchsverzicht anzureihen. — Man kommt auf diese Weise dazu, dem Prozeßvergleich Rechtskraft zugestehen zu müssen."

Soviel ich Troeltsch überhaupt in dieser Bemerkung ver-

stehe, läßt er von vornherein außer acht, daß es ja auch eine prozeßhindernde Einrede der Rechtshängigkeit gibt. Dauert also Rechtshängigkeit nach geschlossenem Prozeßvergleich fort, so ist doch gegenüber einem neuen Prozeß die Einrede der Rechtshängigkeit gegeben. Es ist also nicht einmal eine unbefriedigende Konsequenz vorhanden, und es hieße der Partei neue Prozeßrechte schaffen wollen, weil sie die gegebenen Prozeßrechte nicht auszunutzen versteht. Nun aber aus dieser vermeintlichen unbefriedigenden Konsequenz bei gegenteiliger Regelung die Prozeßbeendigung durch Vergleich, hieraus wieder die Rechtskraftwirkung des Prozeßvergleiches zu schließen, ist m. E. zu weitgehend.

Übrigens erwähnt Troeltsch nur so ziemlich nebenbei, daß man berechtigt sei, beim Prozeßvergleich auch von einer materiell rechtskraftähnlichen Wirkung zu sprechen, insofern die durch denselben erfolgte definitive Regelung des Privatrechtsverhältnisses nunmehr in ähnlicher Weise unter den Parteien maßgebend sei, wie die richterliche Entscheidung; sonst wird uns über die Gründe zu dieser Behauptung, sowie ihre Konsequenzen nichts Näheres mitgeteilt.

So folgt aus allem diesen, daß Troeltsch umgekehrt wie Planck eine Erklärung für die prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleiches hat, sie aber nur durch diese Erklärung, also nicht beweist, hingegen die Rechtskraft derselben durch seine Konstruktion nicht erklärt, auch nicht beweist, da er für sich nicht die Lehre von den Urteilssurrogaten, wie Planck, in Anspruch genommen hat.

Es ist ja ein ganz guter Gedanke, das formelle Verfahren lediglich durch prozessuale Parteierklärungen beendigen lassen und dem Vergleich prozeßbeendende Wirkung geben zu wollen. Solange aber das bestehende Gesetz dies nicht tut, d. h. eine solche Erklärung nicht einführt, ja überhaupt nicht einmal eine Bestimmung trifft, daß der Vergleich wirklich den Prozeß beenden solle (wenigstens ist bisher keine Bestimmung dargetan worden, die uns dazu logisch nötigt), solange bleibt der Gedanke eine Erwägung de lege ferenda; seine Verwendung zur Auslegung der lex lata muß als zu weitgehend abgelehnt werden.

## 7. Kretzschmar.

(Der Vergleich im Prozesse.)

Eine m. E. sehr klare und tiefgründige, im wesentlichen wohl auf den Wach'schen Äußerungen über den Prozeßvergleich beruhende Darstellung unseres Stoffes ist die von Kretzschmar. Auch Kretzschmar macht allerdings Konstruktionsversuche, doch kommt seine Konstruktion dem Gesetze insofern schon bei weitem näher, als er an der ausschließlichen Vertragsnatur des Vergleichs festhält. Ferner sei nochmals auf den ersten Teil seiner Schrift hingewiesen, die in knapper und präziser Form die Geschichte des Prozeßvergleiches zur Darstellung bringt, übrigens auch im dogmatischen Teil wenigstens einmal zur Verwertung gelangt und zwar als Beweismittel für die deutschrechtlich gedachte prozessuale Erheblichkeit des Prozeßvergleichs.

Nach Kretzschmar ist vor allem dem Prozeßvergleiche wesentlich die Willensrichtung der Parteien auf formellen Abschluß des anhängigen Prozesses, mithin „die rechtsgeschäftliche Verfügung über ein dem öffentlichen Recht angehöriges Rechtsverhältnis". Voraussetzung ist, daß das Gesetz tatsächlich dem Vergleich eine prozeßbeendende Wirkung einräumt. Somit ist es schon ein Verdienst Kretzschmars, daß er nicht aus seiner Erklärung des Prozeßvergleiches, wenigstens in dieser Beziehung, wiederum ein Beweismittel macht und sich in seinen späteren Folgerungen immer an die auf Grund des Gesetzes gewonnenen Resultate zu halten sucht, sich also nicht lediglich auf seine Konstruktion verläßt. Ihm ist daher ein Hauptpunkt, die prozeßbeendende Wirkung des Vergleiches aus dem Gesetze zu beweisen. Hierzu dienen ihm folgende Beweismittel:

1. Die historische Entwicklung des Prozeßvergleiches, d. h. der steigende Einfluß des germanischen Gedankens gegenüber dem römischen Gedanken, welch' ersterer im Gegensatz zu letzterem dem Vergleiche eine dem rechtskräftigen Urteile ähnliche Wirkung beilegte.[1])

[1]) Sonach hat Wolf (a. a. O. S. 89 fg.) nicht ganz Recht, wenn er meint, daß der historische Teil Kretzschmars vom dogmatischen völlig losgelöst

2. Die §§ 296, 794 ZPO. („Beilegung des Rechtsstreites"), wonach die scharfe rechtliche Prägung des Begriffes Rechtsstreit (= Prozeß) gleiche rechtliche Bestimmtheit der zu ihm in Beziehung gesetzten Handlung verlangen soll; es dürfte daher die „Farblosigkeit" des Ausdrucks Beilegung nicht davon abhalten, ihn in dem durch seine Beziehung auf ein Rechtsverhältnis geforderten spezifisch rechtlichen Sinne der Beendigung dieses Rechtsverhältnisses zu nehmen.

Diese Beweisführung beruht auf der Behauptung, daß ein präziser Begriff notwendig einen anderen ebenso präzisen Begriff verlange, mit dem er in Beziehung gesetzt ist. Dieser Satz ist logisch nicht begründet. Man kann sehr wohl den einen Begriff präziser umgrenzen als den andern. Die Gründe hierzu können sehr verschieden sein. Solange dies nun keine logische Notwendigkeit ist, solange bleibt das Verlangen eben lediglich ein Wunsch des Interpreten, dem stattzugeben ein Grund nicht vorhanden ist. Drückt sich also das Gesetz nicht ganz genau aus, so können wir zunächst weiter nichts tun, als nach einer anderen Bestimmung suchen, die uns seine Zweideutigkeit hebt, und uns erst in zweiter Linie, d. h. wenn das Gesetz völlig versagt, für die uns passendere Möglichkeit entscheiden. Daß zu diesem zweideutigen Ausdruck unzweideutige in Beziehung gesetzt sind, tut zur Sache gar nichts. Daß allerdings der Ausdruck „Beilegung" zweideutig (sachlich gegenstandslos machen, formell beenden) ist, muß zugegeben werden.

3. Auch das Beweismittel der „inneren Gründe" wird von Kretzschmar ins Treffen geführt. Damit ist nichts anderes gemeint, als Gründe des praktischen Bedürfnisses bezw. die Erwägung, daß der Wortlaut des Gesetzes zu unbefriedigenden Konsequenzen führe. Über dieselben siehe oben Anmerkung auf S. 23.

Hier soll nun erwähnt werden, daß der Nachteil der ersten von Kretzschmar genannten bedenklichen Konsequenz allein aus dem Umstande, daß auch nach dem Prozeßvergleichsabschluß Rechts-

---

sei. Hinsichtlich des Argumentes selbst möchte ich auf das in der Anmerkung zu Seite 12 sowie die von Oertmann aufgestellte gegenteilige Behauptung (oben S. 23 fg.) verweisen.

hängigkeit bestehen bleibt, nicht recht zu ersehen ist. Gerade die bleibende Einrede der Rechtshängigkeit schützt die Partei vor erfolgreicher Erneuerung des Prozesses, ist also in dieser Beziehung sogar ein ganz guter Ersatz der von Kretzschmar später konstruierten Rechtskraftwirkung des Prozeßvergleiches; gerade durch diese Einrede würden die Parteien dauernd an den alten Prozeß gebunden. Allerdings ist es ein Nachteil, wenn sehr lange Zeit nach dem Abschluß eines Prozeßvergleiches die Streitsache veräußert und ein späteres Urteil gegen den ahnungslosen Successor vollstreckt wird. Selbst zugegeben, es sei möglich, daß der Successor von einem anhängigen Prozeß unverschuldeterweise bis zur Zwangsvollstreckung keine Ahnung habe, so liegt doch hier das nachteilige Moment lediglich in der Ahnungslosigkeit des Successors. Die lange Fortdauer des Prozesses kommt somit nur indirekt, nämlich für die Häufigkeit des Falles, in Betracht und ist schon darum ein recht minimaler Nachteil, zumal auch sonst Prozesse unter Umständen recht lange andauern können. Vor allem aber wird jedem Praktiker einleuchten, wie selten dieser Fall vorkommen dürfte.

Übrigens vergleiche man den neuen § 265 Absatz 3 mit § 325 ZPO.

Es ergibt sich demnach, daß auch Kretzschmar aus dem Gesetze einen Beweis für die prozeßbeendigende Wirkung des Prozeßvergleiches nicht erbracht hat.

Auf Grund dieser s. E. bewiesenen Wirkung aber konstruiert nun Kretzschmar seine Theorie. Wenn nämlich die Parteien den Prozeß durch einen Vertrag formell beenden können und ihre Absicht nach den Worten des Gesetzes bei Abschluß dieses Vertrages auf diese Beendigung gerichtet sein muß, dann ist der Prozeßvergleich als solcher ein prozeßrechtlicher Vertrag, in dem vertragsmäßig über den Prozeß disponiert wird. Doch ist er zugleich materiellrechtlicher Vertrag und zwar sind nicht zwei getrennte Verträge vorhanden, sondern „es existiert nur ein durch den einheitlichen Feststellungswillen zusammengehaltener Vertrag". Diese letzte Bemerkung trennt übrigens Kretzschmar nur formell von Troeltsch; denn dieser fordert zum Zustandekommen des

Prozeßvergleiches sowohl materiellen Vertrag als prozessuale Verzichtserklärungen der Parteien; Kretzschmar hat aber ebenfalls zwei getrennte Parteierklärungen konstruiert; nur dürfen diese bei Kretzschmar nicht zeitlich auseinander fallen, auch soll ein prozessualer Vertrag, nicht zwei einseitige Verzichtleistungen vorliegen, zwei für die Konstruktion ziemlich bedeutungslose Forderungen.

Kretzschmar hat die übereinstimmende Absicht der Parteien auf Beilegung des Rechtsstreites zur besonderen prozessualen Erklärung gemacht und daraus auch vor allem die Eigenschaft des Vergleichs als Prozeßhandlung gefolgert. Insbesondere fordert er aber wiederum bei Bildung seiner Konstruktion, daß wir „Beilegung" im Sinne der formellen Prozeßbeendigung verstehen. Wir haben indes dem gegenüber gesehen, daß wir zwei Möglichkeiten der Auslegung dieses Begriffes haben, oder vielmehr zunächst, wie auch Kretzschmar selbst zugesteht, nur an das „sachliche Gegenstandslosmachen" des Prozesses zu denken ist. Wir haben also zu sehen, ob wir nicht mit diesem streng gesetzlichen Wortsinn auskommen können. Und das können wir ganz vorzüglich. Das Gesetz ist m. E. hierbei sozusagen viel coulanter als seine Ausleger; es verlangt nicht von der prozeßunkundigen Partei, daß sie den Vergleich mit der ausdrücklichen Nebenabrede schließt, daß dadurch der Prozeß formell beendet werden solle. Es verlangt nur, daß die Partei sich mit ihrem Gegner nicht mehr streiten, sondern gütlich einigen, mit dem Prozesse sachlich nichts mehr zu tun haben wolle.

Außerdem geht Kretzschmar insoweit über das Gesetz hinaus, als er wenigstens formell eine besondere prozessuale Erklärung der Parteien fordert, die aber praktisch immer aus dem einheitlichen Feststellungswillen der Parteien gefolgert werden soll.

Nach Kretzschmar muß die Partei, wenn auch nicht mit besonderen Worten, so doch sinngemäß im Vergleich ihren Willen ausdrücken, kundgeben wollen, nun durch diesen Vertrag das Verfahren zu beendigen; d. h. durch Antrag und Annahme dieses prozessualen Vertrages, sonst wären es ja nur übereinstimmende Erklärungen, wie Troeltsch annimmt; der Wortlaut des Gesetzes läßt uns aber nur auf eine übereinstimmende innere Absicht der

Parteien schließen, nicht auf besonders zum Ausdruck kommende prozessuale Vertragserklärungen. Warum sollen wir nicht mit ihm auskommen können? Auch ist wohl tatsächlich nie eine derartige von Kretzschmar geforderte Erklärung in einem Prozesse abgegeben worden. Sie müßte also nach Kretzschmar immer concludent aus den materiellen Vergleichserklärungen geschlossen werden. Auch dies entspricht nicht den Tatsachen. Die Partei will mit ihren materiellen Erklärungen gar nicht mehr sagen, als sie sagt und denkt, beabsichtigt hierbei nur — und der Vertragsinhalt ergibt ganz genau, inwieweit sie denkt — den Prozeß dadurch loszuwerden, daß sie ihn gegenstandslos gemacht hat. Daß sie sich aber auch noch über die formelle Beendigung des Prozesses mit dem Gegner einigen müsse, um ihn wirklich zu Ende zu bringen, das wird wohl einer Partei nicht einfallen, ist auch glücklicherweise vom Gesetz nicht erfordert.

Konsequent behauptet Kretzschmar, daß nur die Parteien wirksam über den Prozeß disponieren und sonach nur sie einen Prozeßvergleich im wahren Sinne des Wortes abschließen können, so daß die neue Fassung des alten § 702 CPO. die Kretzschmar'sche Theorie von diesem Punkte aus zum mindesten für das jetzige Recht unbrauchbar gemacht hat.

Kretzschmar verwendet nun seine Konstruktion als Hauptbeweismittel für die rechtskraftähnlichen Wirkungen des Prozeßvergleichs.

Allerdings sucht Kretzschmar auch hier zunächst direkten Anschluß ans Gesetz. Er bemerkt S. 66: „Als vorläufiger Richtungspunkt für diese Untersuchung kann der Gedanke dienen, daß es in hohem Grade willkürlich wäre, prozessuale Wirkungen in den Prozeßvergleich von außen hineinzutragen," fährt aber folgendermaßen fort: „daß hingegen die Vorstellung nicht fern liegt, daß solche prozeßrechtliche Wirkungen, welche im Verfahren selbst gelegen sind, durch den Vergleichsabschluß konserviert werden könnten." Diese Vorstellung entspräche derjenigen, welche in der sogenannten negativen Funktion der Rechtskraft zutage tritt.

1. Kretzschmar führt nun aus, daß die Parteien nicht eine Beendigung des Verfahrens erstreben, wie in der Klagrücknahme,

sondern in einem Sinne, dessen Typus das sachliche rechtskräftige Endurteil ist; aber auch gesetzlich, also objektiv, soll neben dem formellen Abschluß des Verfahrens die definitive sachliche Erledigung des Streites bezweckt werden (innere Verwandtschaft mit dem Urteil!)

2. Vergleich ist keine Klagrücknahme; diese ist die einzige gesetzliche Form der lediglich die Annullierung der durch den Beginn des Prozesses hervorgerufenen Wirkungen bewirkenden Parteikonvention.

Sowohl daß das Gesetz mit dem Prozeßvergleich die definitive sachliche Erledigung des Streites in urteilsmäßiger Form bezwecke, als daß die Klagrücknahme die einzige Form der bloßen Annullierung des Prozesses sei, ist aber m. E. nicht so ohne weiteres klar und bewiesen. Ferner: Was die Parteien erstreben, ist für die Bestimmung der gesetzlichen Wirkung gleichgültig. Schließlich tritt hier wiederum die Beweisführung mittels der „inneren Verwandtschaft des Prozeßvergleichs mit dem Urteile" zu Tage, deren Verwendung bei der Auslegung des Prozeßvergleichs schon mehrfach als zu weitgehend abgelehnt werden mußte. Es soll ja gar nicht bestritten werden, daß der Prozeßvergleich eine sachliche Erledigung des Streites bezweckt und somit eine Ähnlichkeit mit dem Urteile hat; das kann uns aber m. E. noch nicht so ohne weiteres de lege lata berechtigen, alle nur irgend möglichen Rechtssätze von den Wirkungen des Urteils herzunehmen und auf den Vergleich, soweit es uns gutdünkt, oder sie uns auf ihn passend erscheinen, anzuwenden. Vor allem aber braucht nur ein anderer Gesetzesausleger die Unterschiede des Vergleichs vom Urteile aufzuzählen und diese dann als dem Begriff der inneren Verwandtschaft widersprechend hinzustellen (wie z. B. Eccius getan hat, s. oben S. 12 unter 2.) und wir haben anstatt klarer, fester Auslegungsresultate eine unlösbare Kontroverse.

Soweit das Gesetz von Rechtskraft spricht, erwähnt es nur das Urteil als Gegenstand derselben. Es liegt ja de lege ferenda ganz nahe, den Vergleich dem Urteile in seinen Wirkungen gleichzustellen, daß aber das Gesetz, wenn es von diesen Wirkungen nur ganz wenige aufgenommen hat, eine erdrückend größere Anzahl

anderer damit gleichzeitig (gewissermaßen concludent) hat einführen wollen, ist m. E. eine Behauptung, deren Richtigkeit nicht bewiesen ist.

Es kann somit die Frage nach dem heutigen Fortbestehen der sog. negativen Funktion der Rechtskraft des Urteils unerörtert bleiben.

Im einzelnen muß nun Kretzschmar die Wirkungen der Rechtskraft des Prozeßvergleiches ganz selbständig konstruieren, da er den gesetzlichen Boden verlassen hat, und er tut dies zum ersten Male eingehender wie die anderen Schriftsteller. Der Vollständigkeit wegen sollen diese Wirkungen hier kurz angeführt werden.

1. Soweit der Vergleich nicht nichtig bezw. relativ nichtig ist, gewährt er dem neuen Prozesse über den durch ihn erledigten Streitgegenstand gegenüber die Einrede des Prozeßvergleichs im Sinne des formell rechtskräftigen Vergleiches.

2. Kretzschmar gewährt der Anfechtung des Prozeßvergleiches eine neue der Restitutionsklage parallel gehende Klage. Nur sollen die Anfechtungsgründe die zivilistischen sein. § 767 Abs. 2 ist analog anzuwenden. Bei nichtigem Prozeßvergleiche soll indes auch die Vollstreckungsgegenklage gegeben sein; denn dem nichtigen Prozeßvergleich kommt keine Rechtskraftwirkung zu.

Noch folgendes soll aus der Kretzschmar'schen Arbeit hervorgehoben werden:

1. Der absolutio ab instantia parallel soll es einen Vergleich geben, der ohne sachliche Festsetzung über den Streitgegenstand lediglich unter Regelung der Kostenlast das Verfahren beende. Daß Kretzschmar damit nichts weniger tut, als den materiellen Vergleichsinhalt, den er aber als zum Zustandekommen eines Prozeßvergleiches für wesentlich erachtet hat, als unwesentlich ausschaltet, darüber s. unten Kap. II § 9.

2. Das im Vergleiche zivilrechtlich geforderte gegenseitige Nachgeben kann in der Aufgabe prozessualer Rechte bestehen, wegen der „teilweise prozessualen Natur des Prozeßvergleiches". Das ist m. E. kein Beweis. Denn näher betrachtet, rechtfertigt selbst die prozeßbeendigende und die sonstige Rechtskraftswirkung des Prozeßvergleiches noch keinen logischen Schluß auf den normierenden

Inhalt des über den Streitgegenstand zu schließenden Vergleichs. Dieser Teil seines Inhalts bleibt an sich auch nach Kretzschmar dem Zivilrecht überlassen, ist also nach ihm zu beurteilen. Es kann ja sein, daß man auf diesem Wege zu demselben Resultate gelangt (s. darüber unter § 9).

3. Kretzschmars Definition des Prozeßvergleiches lautet folgendermaßen:

Prozeßvergleich ist ein entgeltlicher, sowohl dem materiellen als dem Prozeßrechte angehöriger Vertrag, welcher einesteils durch Schaffung einer neuen zivilistischen Basis, andererseits durch formelle Beendigung des Prozesses, das unter den Parteien streitige Rechtsverhältnis (ganz oder zum Teil) rechtlich festzustellen bestimmt ist.

Sonach ist er nach Kretzschmar folgerichtig Prozeßhandlung, und daher ist § 54 CPO. auf ihn anwendbar.

4. Kretzschmar erörtert zum ersten Male den unter einer Bedingung abgeschlossenen Vergleich näher. S. darüber Näheres unter Kapitel II, § 9.

5. Er stellt richtig fest, daß der Vergleich des § 510, da vor Erhebung der Klage geschlossen, als Prozeßvergleich gesetzlich nicht in Frage käme.

6. Schließlich meint Kretzschmar, daß der Prozeßvergleich entgegen den Worten des § 794 CPO. nur vor einem Gerichte geschlossen werden könne, das als ein Gericht der streitigen Gerichtsbarkeit mit der Sache, sei es durch Klagerhebung, sei es durch Auftrag oder Ersuchen, befaßt sei. Ich halte diese Einschränkung für unrichtig. Auch darüber s. unten Kapitel II, § 8.

## 8. Wolf.

(Archiv f. zivilistische Praxis Bd. 88 S. 153 fg.)

Die Arbeit von Wolf hat das Bestreben einer möglichsten Anlehnung an das Gesetz. Mit großem Nachdruck wendet er sich von vornherein gegen das bisher von anderen Bearbeitern des Prozeßvergleiches eingeschlagene Verfahren. Die Hauptsätze sollen daher als ein Hauptverdienst seiner Schrift hier angeführt werden.

Wolf bemerkt hinsichtlich der Beantwortung der Frage nach Wesen und Wirkung des Prozeßvergleiches:

„Der richtige Weg wird sein, die einzelnen auf den Prozeßvergleich bezüglichen Vorschriften aus dem Gesetz herauszustellen und im Zusammenhang unter sich und mit seinen anderen Bestimmungen zur Darstellung zu bringen.

Dies setzt sich gegenwärtige Abhandlung zur Aufgabe, wobei sie sich hütet, eine theoretische Konstruktion an die Spitze zu stellen.

Erst an der Hand der gewonnenen Einzelergebnisse wird eine zusammenfassende Beobachtung anzustellen und zu prüfen sein, ob und inwieweit sich die Einzelbestimmungen auf einen einheitlichen Grundgedanken zurückführen lassen, gleichgültig, ob ein solcher schon bei den gesetzgebenden Faktoren vorhanden war oder ob sich wenigstens eine Konstruktion aufstellen läßt, welche eine einheitliche Auffassung jener gestattet.

Anders könnte nur verfahren werden, wenn ein bestimmter Grundgedanke im Gesetz geäußert wäre oder aus der Geschichte der Gesetzgebung sich mit Deutlichkeit ergäbe.

Hat man einen derartigen Ausgangspunkt nicht — und in der Tat fehlt er in unserem Falle —, so läuft man bei Voranstellung einer Untersuchung über das Wesen des Prozeßvergleiches nur Gefahr, sozusagen mit gefärbter Brille die Einzelforschungen anzustellen und von einer vorzeitig unternommenen Konstruktion aus dasjenige ins Gesetz hineinzutragen, was man gern daraus ableiten möchte."

Dies sind goldene Worte, welche das Verfahren so vieler Schriftsteller, die sich über den Prozeßvergleich verbreitet haben, richtig charakterisieren und den Hauptgrund des Streites über das Wesen des Prozeßvergleiches klarstellen.

Trotzdem hat es auch Wolf nicht gänzlich vermieden, manchmal auch etwas weitgehende Schlüsse zu ziehen und m. E. nicht beweisbare Behauptungen aufzustellen, so daß er zur Beseitigung des Streites über die gesetzliche Regelung des Prozeßvergleiches, die bei der großen Verwirrung das erste Ziel sein muß, wenig beigetragen hat.

Wolf beschäftigt sich nun weniger mit dem Aufstellen einheitlicher Gesichtspunkte, als der Lösung der Einzelfragen. Da

aber an dieser Stelle nur das erstgenannte Moment beleuchtet werden soll, so können wir uns hier mit einer Besprechung weniger Hauptpunkte begnügen.

1. Der Prozeßvergleich — den Ausdruck will er als technischen beibehalten wissen — ist Wolf als solcher Prozeßhandlung im Sinne einer Handlung, welche zum Zwecke der Einleitung, Fortführung und Erledigung des Rechtsstreits im Rahmen des Prozeßverfahrens vorgenommen wird. Den Beweis stützt er nicht sowohl auf seine prozeßbeendende Kraft, als vielmehr auf den Sinn des § 54 CPO. an sich.

Allerdings gäbe es auch einen engeren Begriff der Prozeßhandlung, der aus den §§ 67, 230, 231, 236, 238, 295 CPO. zu schöpfen sei und nach Küntzel solche Handlungen umfasse, welche nach der Prozeßordnung zum Zweck gerichtlicher Entscheidung privatrechtlicher oder gerichtlicher Realisierung verletzter Privatrechte vorzunehmen sind. Doch gäbe es andererseits schon reine Prozeßakte, die unter diese Definition nicht fielen; z. B. die Klagrücknahme, die aber an anderer Stelle notwendig darunter zu subsumieren seien, z. B. §§ 81, 83, 85 CPO. Es frage sich daher, ob § 54 den weiteren oder engeren Begriff der Prozeßhandlung zu Grunde lege.

Zum Beweise beruft sich Wolf auf die Motive zur CPO. §§ 50 fg.

Wir haben schon früher gesehen (vergl. S. 38), daß die vor allem schon von Brettner im gleichen Sinne gebrauchten Motivstellen wohl wahrscheinlich machen, daß die Verfasser auch den Vergleich zur Prozeßhandlung im Sinne von § 54 zählen würden, wenn man sie um ihre Meinung fragt; ausgesprochen haben sie sich darüber nicht, und deshalb schon muß der Beweiswert der Motive für die Auslegung des Gesetzestextes angefochten werden (s. auch oben Anmerkung zu S. 21); ebenso auch der Wert der von Wolf angeführten ratio legis: Die Beförderung der Sicherheit des Verkehrs.[1])

[1]) Ich möchte nochmals darauf hinweisen, daß Küntzel die ratio legis für seine gegenteilige Meinung ins Feld geführt hat. (S. oben S. 21 fg.).

2. Der Prozeßvergleich enthält die Merkmale des zivilrechtlichen Vergleichsgeschäftes.

Als Beweis führt Wolf richtig an, daß die Zivilprozeßordnung nicht nur nirgend selbst den Begriff definiert, ihn also mit einem Inhalte füllt, sondern auch diesen Begriff, der dem Zivilrechte angehört und von ihm ausdrücklich definiert ist, einfach als etwas Bekanntes verwendet und so seine Meinung unzweideutig zeige.

3. Der Prozeßvergleich endigt das Verfahren auch formell.

Als Beweismittel führt Wolf folgende Punkte an:

a) Obwohl auch Wolf die Ausdrücke „Beseitigung, Erledigung, Beilegung" nicht beweisend sind, so schließt er trotzdem aus der Tatsache, daß nach dem Gesetze der Vergleich den Prozeß anders beseitige als Anerkenntnis und Verzicht, die erst einen Anspruch auf deklaratorisches Urteil gewährten, sowie aus seiner Vollstreckbarkeit „der wichtigsten Wirkung, welche dem Urteil innewohnt", ebenso wie Paul (s. unten § 5 IV), daß das Gesetz das Urteil durch den Prozeßvergleich überflüssig machen, letzteren an Stelle des ersteren setzen, ihn zum Urteilssurrogat machen wolle. Allerdings drückt sich Wolf vorsichtig aus, indem er meint, diese Momente legten ihm den Schluß nahe. Dies ist zuzugeben.

b) Ferner ist Wolf zuzugeben, daß die §§ 21, 23, 46 GKG. den Prozeßvergleich mit dem Urteil in Parallele setzen. Nur ist es zu viel gesagt, wenn die Bestimmungen des Gerichtskostengesetzes mit einer Fortdauer der Rechtshängigkeit nach Abschluß des Prozeßvergleiches nicht vereinbar sein sollen. Ein logischer Widerspruch, der uns eine derartige Annahme unmöglich machte, liegt durchaus nicht vor.

c) §§ 98, 104 ZPO. zeigen, daß das Verfahren auch hinsichtlich der Kosten zu einem Abschlusse gelangt ist. Wie wäre aber diese Behandlung der Kostenfrage vor Beendigung des Verfahrens denkbar?

Es ist zuzugeben, daß alle Momente den Schluß auf die prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleiches nahe zu legen scheinen. Sie beweisen ihn jedoch nicht, im Gegenteil: Das Gerichts-

kostengesetz knüpft die Fälligkeit der Kosten durchaus nicht immer an die formelle Beendigung des Prozesses, sondern bestimmt im Zivilprozesse ihre Fälligkeit auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils, verfügt u. a. sogar dieselbe nach Ablauf einer bestimmten Zeit. Wir können ja ruhig zugeben, daß das Gerichtskostengesetz davon ausgeht, daß das Verfahren mit dem Abschlusse eines Vergleiches zu einem Abschluß gelangt ist, wonach in den allermeisten Fällen der Prozeß nicht mehr fortgeführt werden wird; daß dieser Abschluß aber nach dem Gerichtskostengesetz die formelle Beendigung des Verfahrens sein müßte, ist aus den von Wolf angeführten Bestimmungen nicht ersichtlich. Dieser Schluß ist also nicht ein notwendiger.

d) Schließlich soll, „wer künftig dem Prozeßvergleiche die prozeßbeendende Kraft abspricht", in Widerspruch mit dem bürgerlichen Rechte geraten. Leider sind es auch hier wiederum nur die Motive zum B.GB., nicht das B.GB. selbst.

Allerdings kann man den von Wolf angeführten Motivstellen (man vergl. hierzu: Motive zum B.GB. Bd. I S. 331, 362), als wahrscheinlich entnehmen, daß die Motive den Prozeßvergleich als die Rechtshängigkeit beseitigend angesehen haben, indem von ihnen (S. 362) ausgesprochen wird, daß die anderweitige Erledigung des Rechtsstreites, als welche auf Seite 331 der Vergleich bezeichnet wird, die Rechtshängigkeit beendigt. In dem § 211 B.GB. jedoch ist nicht mehr gesagt, als wie in den bereits besprochenen Bestimmungen der CPO. und des GKG.

Für die Auslegung der CPO. sind aber doch die Motive zum B.GB. keinesfalls verbindlich und maßgebend, man vergleiche auch die Zeitfolge beider Gesetze, ganz abgesehen von dem oben in Anmerkung zu S. 21 Gesagten.

Wolf hat demnach ebenfalls nicht bewiesen, daß der Prozeßvergleich das Prozeßverfahren beendet.

4. Nach Wolf ist der Prozeßvergleich nur hinsichtlich seiner prozeßbeendenden Wirkung Urteilssurrogat, im übrigen vom Urteil aber wesentlich verschieden. Darum hat er keine Rechtskraftswirkungen u. s. w.

Man sieht, der Ausdruck „Urteilssurrogat" ist Wolf nicht gefährlich geworden. Nur konstruiert er, analog Troeltsch, m. E. überflüssigerweise (a. a. O. S. 246) eine besondere im Vergleich enthalten sein sollende prozessuale Erklärung, „daß der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung aufgegeben werde, und zwar entweder — vor der Einlassung des Beklagten — nur seitens des Klägers, oder — nach erfolgter Einlassung — seitens beider Parteien". Doch hat Wolf aus dieser Konstruktion glücklicherweise, wie wir bereits gesehen haben, keine Folgerungen gezogen. Sie soll eben wohl nur die prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleiches erklären.

Schließlich soll hier noch das Verdienst Wolfs gewürdigt werden, daß er in seinem Anhange, „Erwägungen de lege ferenda" sehr richtig darauf hingewiesen hat, daß die Zivilprozeßordnung der großen praktischen Bedeutung des Prozeßvergleiches nicht in vollem Maße Rechnung getragen hat und daß der beste Ausweg aus dem durch das Gesetz infolge seines mageren und unpräzisen Inhaltes hervorgerufenen Dilemma nicht die wissenschaftliche Kontroverse, sondern die Gesetzesänderung ist.

So bemerkt Wolf (a. a. O. S. 247):

„Die Zivilprozeßordnung begnügt sich damit, indem sie es grundsätzlich beim materiellen Rechte beläßt, an diesem und jenem Orte Bestimmungen über ihn den Vergleich einzustreuen, und hat dadurch die Menge der Kontroversen hervorgerufen, die außerdem noch durch eine unpräzise Fassung des Gesetzes genährt werden. In letzterer Richtung, z. B. bez. der Streitfrage, vor welchen Gerichten Vergleiche mit Vollstreckbarkeitserklärung geschlossen werden können, ließen sich Änderungen unschwer ermöglichen." Anfechtungsgründe und Anfechtungsverfahren des Prozeßvergleiches sollen in der Prozeßordnung für ihn besonders geregelt werden.

Wolf verbreitet sich darüber des näheren und fährt dann fort:

„Sonach ist, was oben vom Standpunkt des betreffenden Rechtes verworfen wurde, de lege ferenda nur zu empfehlen." (Wolf meint namentlich eine Erschwerung der Anfechtung des Prozeßvergleiches in formeller und materieller Hinsicht.)

## 9. Kleinfeller.

(In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 41, S. 419 fg.)

Da es sich nur um eine Kritik der Paul'schen Arbeit über den Prozeßvergleich handelt, so ist die Entwicklung der eigenen Ansicht von Kleinfeller nicht ausführlich behandelt. Soweit Paul einen besonderen Vergleichsbegriff aus seiner Zweckbestimmung im Prozeß folgert, billigt er seine Ansicht. Kleinfeller meint, aus seiner prozeßbeendigenden Eigenschaft folge die Prozeßhandlungsqualität des Prozeßvergleichs ohne weiteres, sei er aber Prozeßhandlung, so habe Paul vollkommen Recht, wenn er verlangt, daß die Rechtsbeständigkeit des Prozeßvergleiches nur nach Prozeßrecht beurteilt werde.

Kleinfeller beweist nicht die prozeßbeendende Eigenschaft des Prozeßvergleiches, ferner macht er bei der Behauptung Halt, daß die Prozeßhandlung nur nach Prozeßrecht beurteilt werden könne. Dagegen soll ja nichts eingewendet werden, doch spricht sich Kleinfeller darüber nicht aus, ob und daß eine Prozeßhandlung gleichzeitig eine Handlung des Zivilrechts sein könnte und dann zu ihrer also auch prozessualen Gültigkeit beiderlei Erfordernissen entsprechen müsse. Er meint vielmehr, es ergäbe sich daraus ohne weiteres, daß die Voraussetzungen des privatrechtlichen (außergerichtlichen) Vergleiches für den Prozeßvergleich nicht in Betracht kommen könnten. Den Beweis hiefür bleibt er schuldig; denn der eigenartige Zweck des Prozeßvergleiches bedingt absolut nicht mit logischer Notwendigkeit, daß „das privatrechtlich erhebliche Motiv im Prozesse keine Rolle spielen könne". Dieser Satz enthält im Grunde nur dieselbe Behauptung. Daß das Festhalten an der jeweiligen Form der zivilen Rechtsgeschäfte stillschweigend eine nicht unerhebliche Einschränkung des § 296 CPO. bedeute, die mit dem aus diesem Paragraphen folgenden Bestreben der Zivilprozeßordnung, die Prozesse zu vermindern, „schlechterdings" nicht in Einklang gebracht werden könne, ist nicht richtig. Denn einmal ist es an sich schon willkürlich, zu behaupten, aus dem Bestreben der Zivilprozeßordnung, die Prozesse zu vermindern, folgt, daß sie sämtliche Formschriften hinsichtlich der Prozeß-

beendigung aufgehoben wissen wolle. Dies könnte unter Umständen gerade den entgegengesetzten Erfolg haben. Außerdem spricht § 296 überhaupt nur von der Befugnis des Gerichts, in jeder Lage des Rechtsstreites einen Vergleich anzubahnen; das oben erwähnte angebliche Bestreben der Zivilprozeßordnung, sowie die Beseitigung von Formvorschriften für den Vergleich läßt sich hieraus logisch absolut nicht schließen. Daß das Festhalten an den Formvorschriften des Zivilrechtes den Parteiintentionen widersprechen kann, ist klar, doch ist natürlich eine Parteiabsicht für das Prozeßrecht nur insofern von Einfluß, als es das Gesetz gestattet, und auch zivilrechtlich ist eine Abrede der Parteien, das Rechtsgeschäft formloser abzuschließen, als es das Gesetz an sich gestattet, gänzlich unerheblich.

Soweit aber Paul für den Prozeßvergleich Rechtskraft und Wiederaufnahme des Verfahrens in Anspruch nimmt, ist Kleinfeller unter guten Ausführungen sein Gegner.

Leider ist es m. E. inkonsequent von Kleinfeller, nachdem er die Rechtsbeständigkeit des Prozeßvergleiches nur nach Prozeßrecht beurteilt wissen wollte, nun hinterher wiederum von einem zivilrechtlichen Tatbestand zu reden, der, wenn er auch nicht der des zivilrechtlichen Vergleiches sein soll, trotzdem der Herrschaft des bürgerlichen Rechtes unterworfen ist, und gegen den Einwendungen ganz nach den Regeln des bürgerlichen Rechts geltend gemacht werden können, Ausführungen, die denen Kohlers sehr ähneln! Interessant ist es auch, daß Kleinfeller die Anwendung des § 797 Abs. 4 ohne weiteres für gegeben erachtet. Eine Ausnahme sollen nur die Form der Handlung, die Legitimation des Vertreters und die Bedeutung des Motives bilden. Wenn nun aber der Prozeßvergleich auf Grund des Prinzips, daß die Rechtsbeständigkeit von Prozeßhandlungen nicht vom Zivilrecht abhängig sein könne, von diesem unabhängig gemacht wird, andererseits aber die Einwendungen des bürgerlichen Rechtes bestehen bleiben, mit Ausnahme bestimmter einzeln aufgeführter, so weiß man eigentlich nicht, was willkürlicher ist, die Annahme des Grundprinzips mit seinen Konsequenzen oder die teilweise Annahme und teilweise Ablehnung derselben, zumal wenn man bedenkt, daß

die Zivilprozeßordnung nach Kleinfeller von einem Begriff des Vergleiches ausgeht, der zwar nicht der des Zivilrechtes, sondern ein anderer, aber trotzdem zivilrechtlicher Tatbestand sein soll. Da lassen wenigstens die Ausführungen Pauls (s. unten Seite 73 fg.) an Konsequenz keinen Wunsch offen.

Schließlich kritisiert Kleinfeller — dies sei nebenbei bemerkt — m. E. nicht mit Recht den Ausdruck „Prozeßverfahren". Denn wenn ich zur Spezialisierung eines Begriffes, in diesem Falle: Verfahren, die Spezies Prozeß diesem Oberbegriffe voransetze, beide zu einem Worte verschmelzend, so tue ich nichts Sprachwidriges; ich gehe eben hierbei vom Begriff des Verfahrens aus und führe durch den Gebrauch des Wortes Prozeßverfahrens nur vor Augen, daß der Prozeß zum Begriff des Verfahrens gehört. Ist nun auch das Wort „Verfahren" eine Wiederholung dieses schon im Wort Prozeß liegenden Oberbegriffes, so wird uns dies gerade erst im Worte Prozeßverfahren demonstriert, und an sich enthalten beide Worte keine Tautologie, so daß man sagen könne, derselbe Begriff sei zuerst mit einem Fremdwort und dann mit einem deutschen Wort bezeichnet. Der von Kleinfeller vorgeschlagene Ausdruck „gerichtliches Verfahren" ist m. E. zu allgemein und spezialisiert sprachlich den Begriff des Verfahrens noch lange nicht auf den Fall eines Rechtsstreites im engeren, technischen Sinne. Man denke zum Unterschiede an das Arrestverfahren u. s. w.

## 10. Hedemann.

(Der Vergleichsirrtum nach dem Rechte des Deutschen Reiches.)

Hedemann behandelt die Frage über Wesen und Wirkung des Prozeßvergleiches ziemlich kurz.

Grundgedanke ist ihm: Da die Praxis über den zivilistischen Begriff des Prozeßvergleiches hinausgeht, und unter Berücksichtigung der legislatorischen Vorteile ist der Begriff des Prozeßvergleiches nicht mehr der des bürgerlichen Rechtes (wobei er die Grenzen des zivilistischen Vergleichsbegriffes hinsichtlich der Erfordernisse: gegenseitiges Nachgeben und res dubia sehr eng steckt!). Mit Rücksicht auf eine vermeintliche Rechtsentwicklung hält er sich an den Ausdruck Vergleich nicht mehr gebunden, sondern definiert

den Prozeßvergleich (ähnlich Kohler) als jeden Parteivertrag, der unbeachtet seines materiellen Inhaltes der Erledigung des Rechtsstreites „dient". Er kann aber auch zugleich zivilrechtlicher Vertrag sein.[1]) § 779 B.GB. ist aber, wenn er zivilrechtlicher Vertrag ohne spezifische Vergleichsnatur ist, nicht anwendbar. So ist also auch hier ein Zivilvertrag für möglich erklärt, der Vergleich heißt, aber keiner ist. Abgesehen hiervon besteht der Beweis Hedemanns für seine Ansicht lediglich in einer Berufung auf die Macht der Tatsachen sowie die legislatorischen Vorteile, Argumente', die ich nicht so ohne weiteres als solche anerkennen kann. Auch die späteren Behauptungen über den Prozeßvergleich sind eigentlich mehr vom Standpunkt gesetzgeberischer Vorschläge, als von dem der Auslegung aus zu betrachten.

Die unmittelbar prozeßbeendende Kraft ist, wie Hedemann zugibt, an keiner Stelle der Zivilprozeßordnung ausgesprochen, doch muß sie nach ihm aus reinen Vernunftsgründen anerkannt werden, als welcher ihm vor allem die Vorstellung vorschwebt, wie schlimm es sei, wenn die vielen durch Vergleich erledigten Prozesse heimlich noch weiterleben würden.

Die Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit des zivilrechtlichen Vertrages soll bestehen bleiben. Hinsichtlich des „Wie" wird vor allem auf die schon früher besprochene Analogie der Anfechtungsklage gegen ein rechtskräftiges Urteil verwiesen; auch hier: m. E. etwas freie Analogieschlüsse und zwar als Resultat der Meinung, daß das Gesetz völlig versage und eine Ausfüllung dieser „Lücke" Pflicht der Rechtswissenschaft sei.

Dem Wunsche Hedemanns nach einer eingehenderen Behandlung des Prozeßvergleiches im Gesetze kann ich allerdings noch mehr im Hinblick auf die bestehende große Verschiedenheit der Ansichten als auf die Anerkennung einer wirklichen Gesetzeslücke nur Beifall zollen.

### 11. Entscheidungen.

Das Reichsgericht (Bd. 37, S. 416 fg.) hebt die Verschiedenheiten zwischen Prozeßvergleich und Urteil hervor und sagt S. 419 treffend:

[1]) Hedemann steht also noch nicht auf dem Paul'schen Standpunkt (s. unten § 5).

„Die Gleichheit des Zweckes, das heißt doch hier nur die Gleichheit des von den Parteien erstrebten Erfolges, vermag nicht eine den dazu angewendeten Mitteln innewohnende Verschiedenheit zu verwischen und die Revision erklärt sich selber außerstande, abgesehen von den Bestimmungen der §§ 794 fg. CPO., eine Anordnung des positiven Rechtes nachzuweisen, durch welche dem Vergleiche eines Prozesses dieselbe Wirkung wie dem rechtskräftigen Urteil beigelegt würde."

Das Kgl. Sächs. Oberlandesgericht (Annalen Bd. 11, S. 282) ist der Ansicht,

„daß der Begriff des Prozeßvergleiches der Begriff des bürgerlichen Rechtes ist. Daher ist ein Abkommen des Inhalts, daß der Kläger die Klage zurücknimmt, unter Übernahme der Kosten außer der durch die Säumnis des Beklagten entstandenen, kein Vergleich, da darin nichts anderes ausgesprochen ist, als was infolge der Sachfälligkeit des Klägers und der Versäumnis des Beklagten nach dem Gesetze durch Urteil hätte verfügt werden müssen. Es erhellt nicht, daß dieses Abkommen auf gegenseitigem Nachgeben der Parteien rücksichtlich des streitig gewesenen Rechtsverhältnisses, wie es zur Annahme eines Vergleiches nach der hier maßgebenden Vorschrift in § 1409 des Bürgerlichen Gesetzbuches erforderlich ist, beruht hat."

Interessant ist auch die Entscheidung des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichtes (Annalen Bd. 13, Seite 267—70).

Einerseits hält sie daran fest, daß dem Prozeßvergleich der zivilistische Begriff zu Grunde zu liegen hat, andererseits fährt sie aber unter Verwendung des Ausdruckes „Rechtskraft" fort:

„Dem Gläubiger ist es »in der Regel« nicht gestattet, Ansprüche, für welche er bereits einen vollstreckbaren Schuldtitel erworben hat, anderweit im Wege der Klage geltend zu machen; dem Gläubiger steht vielmehr zur Verfolgung des mit einem solchen Schuldtitel ausgestatteten Anspruchs »an sich« nur das Vollstreckungsverfahren offen.

Denn der Schuldner hat »offenbar« ein Recht darauf, daß er nicht ohne Not in einen anderen Rechtsstreit verwickelt werde.

Ob es sich hier um einen Punkt handelt, der schon von Amts wegen zu berücksichtigen ist, oder ob nicht vielmehr ein besonderer Einwand des verklagten Teils wenigstens dann abgewartet werden muß, wenn den vollstreckbaren Schuldtitel nicht ein Urteil, sondern ein Vergleich bildet, von welchem im gegenseitigen Einverständnis wieder abzusehen den Parteien an sich freisteht, braucht gegenwärtig nicht entschieden zu werden, da der Beklagte dies ausdrücklich gerügt hat."

Hier wird unter Verwendung des Ausdruckes „offenbar" die Rechtskraft des Vergleiches behauptet, indem Urteil und vollstreckbarer Schuldtitel völlig auf eine Stufe gestellt werden. Eine Rechtfertigung dieses doch etwas weitgehenden Analogieschlusses aus dem Gesetze wird nicht versucht, sondern es wird nur auf eine Entscheidung des Sächs. Oberappellationsgerichts vom Jahre 1877, also auf eine auf Grund des alten Prozesses ergangenen Entscheidung verwiesen.

Schließlich sei noch auf eine Entscheidung des Landgerichts Halle a. S. vom 9. Juli 1901 hingewiesen, die in der Zeitschrift „Das Recht" Bd. 5 S. 389 angeführt ist und in welcher ausgeführt wird:

„Der Vergleich bleibt, auch wenn er vor dem Gericht abgeschlossen ist, doch ebenso wie ein außergerichtlicher Vergleich Parteiabrede. Deshalb muß er auch, da die Zivilprozeßordnung nichts Gegenteiliges bestimmt, wie diese, und nicht wie der Ausspruch des Richters anfechtbar sein."

## § 5.

## IV. Die rein prozeßrechtliche Theorie.

### 1. Der Standpunkt Pauls.

(In seiner Schrift über den Vergleich im Zivilprozeß Leipzig 1898.)

Die Betrachtung dieser neuesten Schrift über den Prozeßvergleich vereinfacht sich für mich insofern, als schon die Grundanschauung, von der ihr Verfasser ausgeht, eine m. E. unrichtige ist.

Paul behauptet, daß die herrschende Ansicht (er meint vor allem die privatrechtlichen Theorien) es sich ziemlich leicht gemacht

habe, indem sie dem durch die terminologische Bezeichnung gegebenen Hinweise auf das bürgerliche Recht gefolgt sei und den Prozeßvergleich als durchweg identisch mit dem gleichnamigen Vertrage des Zivilrechts behandelt habe. Ich glaube eher, Paul hat es sich leicht gemacht. Es ist keine Bequemlichkeit oder Gedankenschwäche, den gesetzlichen Begriff des Vergleiches dem Gesetze, mag es nun Bestimmungen des Zivilrechtes oder über das Verfahren zur Durchsetzung desselben enthalten, so lange zu Grunde zu legen, bis es das Gegenteil bestimmt, sondern es ist ein Festhalten an dem Satze, daß sich die Auslegung eines Gesetzes, so lange es geht, der allgemeinen Logik zu bedienen hat. Der oben von den privatrechtlichen Schriftstellern befolgte Satz ist aber ein Gebot der Logik zumal für einen genau abgefaßten Text, als welcher das Gesetz aufzufassen ist. Sie handeln daher nicht oberflächlich, sondern gewissenhaft. Vor allem wird dadurch die Aufgabe nicht leichter, sondern schwerer; denn die Komplikationen, die sich aus diesem Festhalten am zivilrechtlichen Begriffe ergeben, sind ja bei der Besprechung der unter II. und III. genannten Schriftsteller deutlich genug hervorgetreten.

Das Grundprinzip Pauls hingegen macht ihm auf Grund seiner Einheitlichkeit, sowie des Umstandes, daß es ihm gestattet, sich mit dem Gesetze nicht weiter abzugeben, die Lösung seiner Aufgabe leicht. Nur beruht dieses Grundprinzip leider, wie schon oben erwähnt, auf einer Anschauung über die Auslegung von Gesetzen, die ich mit Paul, solange man noch am Gesetz als Regel und Richtschnur unseres bestehenden Rechtes festzuhalten gedenkt, nicht teilen kann.[1])

Gleich im Anfange meint Paul, wenn das Gesetz dem Prozeßvergleich Vollstreckungskraft verliehen hat, so behandele es

[1]) Der Aufsatz Pauls im Sächsischen Archiv Bd. 3, S. 59 fg. geht noch nicht so weit wie seine neueste Arbeit, enthält aber im übrigen ungefähr die gleichen Argumente für die prozeßbeendende Wirkung des Prozeßvergleiches wie diese. Auch dort ist er zwar Gegner Jüngers, dessen Schrift „Die Prozeßvollmacht" u. s. w. er bespricht, doch erkennt er hier an, daß der Prozeßvergleich zivilrechtlich und prozessuale Rechtshandlung zugleich sei; eines schlösse das andere nicht aus.

ihn also insoweit „augenscheinlich“ nach Art eines rechtskräftigen Urteils. So richtig dieser Satz ist, so gefährlich ist er, und wir haben schon bei Planck und Troeltsch gesehen, wie leicht man durch Weglassung des Wortes „insoweit“ an sich sehr ansprechende Resultate gewinnt, deren Existenzberechtigung de lege lata, als auf zu weitgehenden Analogieschlüssen beruhend, bestritten werden muß.

Paul fährt späterhin fort:

„Der von den Prozeßparteien zur Beilegung des Rechtsstreites abgeschlossene Vergleich steht im Dienste des Prozeßzwecks und hat eine ausschließlich prozessuale Aufgabe zu erfüllen. Dieser Aufgabe wird er durch seine Verkettung mit dem materiellen Rechte entfremdet. Ich gedenke ihn aus dieser Verbindung zu lösen und im Widerspruch zur herrschenden Lehrmeinung einen von dem zivilrechtlichen verschiedenen, wesentlich prozessualen Vergleichsbegriff zu entwickeln, unter dessen Herrschaft die beiden von mir oben hervorgehobenen Vergleichsformen, der Anerkenntnis- und Stundungsvergleich, bestehen bleiben können.“

Und so stellt dann Paul an die Spitze seiner Abhandlung den Satz, der ihn auf eine besondere Stufe gegenüber den anderen Schriftstellern stellt:

> Der prozeßgerichtliche Vergleich ist Prozeßhandlung. Er hat mit dem Vergleichsvertrage des bürgerlichen Rechts nichts als den Namen gemein, unterscheidet sich von ihm sowohl seinem Inhalte wie seinen Wirkungen nach. Er ist prozeßrechtlicher Natur und seine Gültigkeit lediglich nach prozeßrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.“

Paul führt hiefür folgende Beweise an:

1. „Der Name besagt nichts, da die von der Privatrechtsordnung entwickelten Satzungen und Rechtsbegriffe nur Geltung haben sollen für das von ihr beherrschte Rechtsgebiet, nicht darüber hinaus, und keine Anwendung auf Fragen des öffentlichen Rechts dulden.“

Dieser Satz geht einmal von der Voraussetzung aus, daß in der Zivilprozeßordnung ein in die Privatrechtsordnung gehöriger Rechtssatz oder Begriff nicht enthalten sein könne. Das ist an sich schon gar nicht richtig, wie aus vielen Beispielen bewiesen werden könnte, vor allem

aber bestimmt der Inhalt der Rechtssätze ihre Zugehörigkeit zum privaten oder öffentlichen Recht, nicht aber die rein äußerliche Anordnung im Recht, und hier hat das Gesetz seinen guten Grund, einen unter bestimmten besonderen, nämlich prozessualen Voraussetzungen geschlossenen Vergleich in der Zivilprozeßordnung zu behandeln. Andererseits ist es aber eine noch zu erweisende Behauptung und keine von vornherein gegebene Tatsache, daß der Prozeßvergleich nur dem öffentlichen Rechte angehörte. So lange dies aber nicht erwiesen ist, haben wir, wie wir eben gesehen haben, an dem gegebenen Zivilrechtsbegriff, auch wenn er nur im bürgerlichen Gesetzbuche und nicht ausdrücklich nochmals in der Zivilprozeßordnung enthalten ist, festzuhalten. Darum sind wir noch keinesfalls gezwungen, lediglich im Prozeßrechte normierte und lediglich der Rechtsverfolgung dienende Handlungen als Rechtsgeschäfte im Sinne des bürgerlichen Rechts aufzufassen. Die Rechtswissenschaft ist eine Zeitlang in der glücklichen Lage gewesen, sich über den Begriff des Ausdrucks Rechtsgeschäft in dieser Hinsicht wenigstens so ziemlich einig zu sein; hiernach hat eine der Geltendmachung eines Privatrechts dienende Prozeßhandlung nicht zu den Rechtsgeschäften im engeren Sinne gehört. Daß jedoch neuerlich ein Verdienst darin gesehen wird, diesen Begriff auch insoweit zu verwischen, mag nicht unerwähnt bleiben. Wir können also von diesem in der Wissenschaft insofern festgelegten Begriff aus die Anwendbarkeit der Rechtssätze des bürgerlichen Rechtes von den Rechtsgeschäften auf diese Handlungen im allgemeinen verneinen, womit aber nicht geleugnet werden soll, wie es gut gewesen wäre, dieser Gefahr durch eine Definition des Begriffes im bürgerlichen Gesetzbuche zu begegnen.

Auch die Parallele mit dem Anerkenntnisse des § 307 ZPO. kann uns nicht entgegengehalten werden, da dies vom Prozeßgesetz als einseitige Handlung, also ausdrücklich als etwas anderes als der im Zivilrecht enthaltene gleichnamige Vertrag normiert wird.

Paul gibt zu, daß der zivilrechtliche Begriff des Vergleiches überall da anzuwenden ist, wo er im Zivilrechte erwähnt ist, und wir haben gesehen, daß man dies dahin ausdehnen muß, daß der Vergleichsbegriff des bürgerlichen Rechtes da anzuwenden ist, wo

er ein solcher sein kann, und daß seine Verwertung in der Zivilprozeßordnung an sich noch nicht gegen diese Möglichkeit spricht.

Paul hat nun zu beweisen, daß der Vergleich von der Zivilprozeßordnung wirklich als besonderer Akt des öffentlichen Rechtes, d. h. lediglich als solcher, in Anspruch genommen wird. Dies tut auch Paul und behauptet folgerichtig:

2. Der Vergleich in der Zivilprozeßordnung hat ausschließlich prozessualen Gehalt.

Sofort erhalten wir aber den für Paul verhängnisvollen logischen Sprung, indem er fortfährt (S. 9):

„Es wird nachzuweisen sein, daß der Prozeßvergleich Prozeßhandlung ist, und daß er im Dienste des Prozeßzweckes stehend auf prozessualem Gebiete Wirkungen äußert, wie sie ein bloß zivilrechtliches Rechtsgeschäft nicht zu äußern vermöchte."

Daraus also, daß die besonderen prozessualen Wirkungen zeigen, daß der Vergleich nicht nur Zivilrechtsgeschäft sein kann, sondern auch Prozeßhandlung sein muß, folgert Paul: „daß er also nicht das sein kann, als was ihn die herrschende Meinung auffaßt: der Vergleichsvertrag des bürgerlichen Rechts."

Als Beweis für den ausschließlich prozessualen Charakter des Vergleiches führt Paul an:

„Es ist das einzige Urteilssurrogat, das der heutige Zivilprozeß noch kennt."

Es folgt nun der Beweis, daß der Prozeßvergleich Urteilssurrogat ist:

I. „Wenn das Gesetz in § 794 Z. 1 dem zur Beilegung des Rechtsstreites abgeschlossenen Vergleiche Vollstreckbarkeit beilegt, so erblicke ich darin nur einen Ausdruck der Anerkennung seiner Gleichstellung mit dem Urteile im übrigen."

Der uns bereits bekannte, hier ohne jede weitere Begründung gezogene Analogieschluß.

II. „Der Vergleich schließt »wie ein Urteil« das Prozeßverfahren endgültig ab; ist daher insoweit unzweifelhaft Prozeßhandlung."

Hierin sind wiederum die noch zu erweisenden Behauptungen enthalten:

a) daß der Prozeßvergleich den Prozeß, das Verfahren endgültig beendigt,

b) daß er dies „wie ein Urteil tue".

III. „Er ersetzt das Urteil auch in allen sonstigen Beziehungen, indem er der von den Parteien im Vertragswege geschaffenen Ordnung des streitigen Rechtsverhältnisses nicht bloß Vollstreckbarkeit, sondern auch Rechtskraft gewährt."

Beweis zu IIa. Paul ist kaum verständlich, wie man die prozeßbeendigende Kraft des Prozeßvergleiches hat in Abrede stellen können.

Er gibt zu, daß eine ausdrückliche Bestimmung hierüber sich in der Zivilprozeßordnung nicht vorfinde. Hauptsächlich spräche die direkte Vollstreckbarkeit des Vergleiches im Gegensatz zu Anerkenntnis und Verzicht, die erst durch Urteil zur Vollstreckbarkeit gelangten, für diese prozeßbeendende Kraft, zumal die Parteien kein Recht mehr hätten, noch auf Erlaß eines Urteils anzutragen. Zumal das letztere ist eine willkürliche Umkehrung des logischen Sachverhaltes. Solange die Instanz noch nicht beendet ist, hat jede Partei das Recht auf Entscheidung und wenn auch die Prozeßordnung den Parteien Anträge auf besondere Urteile, wie die in §§ 306, 307, nicht zugesteht, so hat sie doch nur ein Recht auf Urteil ausgeschlossen, wenn die Instanz anderweit erledigt ist. Das soll aber erst bewiesen werden. Infolgedessen ist es eine auf einem falschen logischen Schluß beruhende Behauptung, daß den Parteien nach Vergleichsabschluß nach der Zivilprozeßordnung ein Urteil versagt wäre.

Es kann ja ruhig zugegeben werden, daß es gesetzgeberisch nicht fern liegt, dem Vergleich, wenn man ihm, mitten im Prozesse abgeschlossen, Vollstreckbarkeit gewährt, Rechtskraftwirkung und prozeßbeendende Kraft zuzusprechen; doch solange dies der Gesetzgeber nicht ausgesprochen hat, solange können wir deshalb, weil es uns so praktisch erscheint, de lege lata keine Schlüsse ziehen

und sind auf die gewöhnlichen Prozeßbeendigungsmittel angewiesen, die uns ja, wie wir gesehen haben, durch den Vergleich nicht benommen sind.

Die prozeßbeendende Kraft des Vergleiches hat demnach Paul ebensowenig, wie seine Vorgänger aus dem Gesetze zu beweisen vermocht.

Beweis zu IIb:

Es ist richtig, daß der Vergleich ebenso „wie das Urteil" das streitige Rechtsverhältnis ganz oder teilweise feststellt; wir haben gesehen, daß infolge dieser gemeinsamen Eigenschaft auch mit dem reinen Zivilvergleich das Urteil mit diesem in Parallele gesetzt worden ist. Wollen wir den Prozeßvergleich deshalb, weil er außerdem den Prozeß beendet (vorausgesetzt, daß er es tue), und Zwangsvollstreckung aus ihm gewährt, Urteilssurrogat nennen, so bleibt dies uns unbenommen. Jedoch nun eine große Anzahl Rechtssätze vom Urteil, die vom Gesetz nur für das Urteil bestimmt sind, auf ihn anzuwenden, weil er „Surrogat" derselben sein soll, bleibt ein zu weitgehender Analogieschluß, der m. E. nicht einmal durch den Namen gerechtfertigt werden kann.

Hauptsächlich aus denselben Gesichtspunkten setzt sich, wie schon bei vorher besprochenen Schriftstellern, so auch bei Paul der Beweis zu III. zusammen.

Außerdem wird auch auf die historische Entwicklung des Prozeßvergleiches hingewiesen, vor allem auf den im gemeinen Prozeßrechte vorhandenen Begriff der Urteilssurrogate und so das gemeine Recht für die Interpretation des heutigen nutzbar gemacht; (darüber s. oben Anmerkung auf S. 12).

Schließlich behauptet Paul auf Grund des, wie wir bereits gesehen haben, falschen Satzes, die Parteien hätten, auch wenn das Gesetz sich nicht für die prozeßbeendende Kraft des Vergleiches ausgesprochen hätte, auf jeden Fall kein Recht auf Urteil mehr, und der Vergleich sei für die formelle Beendigung das einzige Mittel, daß das Gesetz „lückenhaft" wäre, wenn es nicht den Vergleich als vollgültigen Ersatz des Urteils behandele und vorschreibe, alle Rechtsfolgen desselben, soweit möglich, auf ihn anzuwenden. Dazu gehöre aber die Rechtskraft vor allem.

Der Beweis mittels der Nachweisung einer „Lücke“ im Gesetze ist als Vorbereitung für Analogieschlüsse sehr gebräuchlich und daher kurz zu besprechen.[1])

Er besagt kurz: Der Interpret eines Gesetzes bemerkt, daß gewisse Bestimmungen, die zu treffen er für notwendig und wünschenswert hält, vom Gesetze tatsächlich nicht getroffen worden sind. Er empfindet dies als eine Unvollkommenheit des Gesetzes und nennt das Fehlen der Bestimmungen eine Lücke im Gesetze. Maßgebend für ihr Vorhandensein ist also sein eigenes gesetzgeberisches Empfinden, nicht die Logik des Gesetzes. Es findet daher hier das Anwendung, was über die Beweiskraft des praktischen Bedürfnisses für das geltende Recht gesagt worden ist, und die Logik des Beweismittels läßt sich in den Satz zusammenfaßen: Da es so sein sollte, folglich ist es so!

So fordert auch hier Paul, der Ersatz des Urteils, den das Gesetz durch seine Bestimmungen über den Prozeßvergleich geschaffen habe, müsse ein vollgültiger sein. Diese Forderung tritt aber insofern in verschleierter Form auf, als die Erwägung de lege ferenda als Beweismittel der lex lata benutzt und jene Erwägung als konkludenter Gesetzesinhalt, als wahre Meinung des Gesetzes, als Grundprinzip diesem selbst imputiert wird. Der Ersatz des Urteils sei aber nur dann vollgültig, wenn der Vergleich wie ein Urteil Rechtskraft habe; denn dies sei eine hauptsächliche Wirkung des Urteils, da das vorläufige vollstreckbare, also nicht rechtskräftige Urteil eine Annahme sei, deren Vorhandensein nur dazu diene, die Regel zu bestätigen. Rechtskraft und Vollstreckbarkeit ließen sich ohnehin schwer voneinander getrennt denken. Da der Satz, „Ausnahmen bestätigen die Regel“ für sich selbst spricht, so ist die Schlüssigkeit des Beweises der Rechtskraft des Prozeßvergleiches ohne weiteres klar.

Die Wirkungen der hiernach vermeintlich bewiesenen Rechtskraft des Prozeßvergleiches sind nach Paul folgende:

Eine Anfechtung des Prozeßvergleiches findet nur nach Ana-

---

[1]) Vgl. auch Zitelmann, Lücken im Recht. Rektoratsrede. Leipzig 1903.

logie der Wiederaufnahme des Verfahrens nach rechtskräftigem Urteile statt.

Allerdings ist Paul insofern etwas konsequenter wie Kretzschmar, indem er auch beim nichtigen Prozeßvergleich, wie beim nichtigen Urteile nur die Nichtigkeitsklage gewährt. Er führt richtig aus, daß das Gesetz die Nichtigkeits- und Restitutionsgründe, was die prozessuale Form ihrer Geltendmachung anbetrifft, in der Hauptsache völlig gleichmäßig behandele. Zieht man nun einmal den Analogieschluß, so liegt kein Anlaß vor, zu Ungunsten des Prozeßvergleiches eine Ausnahme zu machen.

Da der Prozeßvergleich nur Prozeßhandlung (Beweis s. unten Nr. IV) sei, so könne seine Anfechtung nicht aus Gründen des bürgerlichen, sondern nur aus solchen des Prozeßrechtes erfolgen, wobei Paul hauptsächlich auf § 580 Nr. 7 und 4 verweist, welch' letztere Nummer zumal die Anfechtung des Vergleiches wegen Zwangs und Betrugs, wie überhaupt in allen den Fällen ermögliche, wo sein Zustandekommen durch eine strafbare Handlung des Gegners oder des eigenen Prozeßvertreters der Partei beeinflußt worden sei.

Beweist Paul, daß der Vergleichsbegriff der Zivilprozeßordnung nicht der des bürgerlichen Rechtes sein kann, so ist auch diese Ansicht, die Zulässigkeit des oben angegebenen Analogieschlusses zugegeben, konsequent.

Außerdem soll die Analogie zur gemeinschaftlichen confessio in iure und die Behandlung des Anerkenntnisses im Prüfungstermine des Konkurses (§ 154 Abs. 2 KO.) darauf hinweisen.

Die große Sprunghaftigkeit dieses letzten neuen Analogieschlusses ist ohne weiteres klar. Es ist vor allem nicht erfindlich, welche Bindeglieder zwischen dem Anerkenntnisse im Konkurse und dem Prozeßvergleiche bestehen.

Auch der materiellen Rechtskraft entbehrt der Prozeßvergleich nach Paul nicht. Dies fordere die logische Konsequenz und die auf das gleiche Ziel gerichtete Absicht der Vertragsparteien. Letzteres Beweismittel soll mit einigen Worten besprochen werden. Parteiabsichten sind für die Verursachung von Wirkungen des formellen Rechtes nur insoweit maßgebend, als das Gesetz aus-

drücklich der Parteiabsicht eine solche Macht einräumt. Daraus aber, daß die Parteien tatsächlich den Inhalt des Vergleiches zur verbindlichen Norm für ihr zukünftiges Rechtsverhältnis erheben wollen (und darüber werden sie sich meist auch keine Gedanken machen), darf man nicht den Schluß ziehen, daß sie es rechtlich können. Nur die vom Prozeßgesetz als erheblich statuierten Parteiabsichten können uns für die Auslegung dieses Gesetzes interessieren, andere tatsächlich bei den Parteien vorhandene Absichten als Beweismittel für ihre prozeßrechtliche Wirksamkeit zu benutzen, ist m. E. nicht angängig.

Ferner werden von Paul als Argumente einige Nützlichkeitserwägungen angeführt, z. B.:

„Würde das Prozeßgesetz dem Vergleiche die materielle Rechtskraft versagen, so müßte das die Parteien in vielen Fällen geradezu abhalten, sich auf einen Vergleich einzulassen."

„Durch den prozeßgerichtlichen Vergleich wird der davon betroffene Anspruch für die Parteien ganz in derselben Weise außer Streit gesetzt (festgestellt) wie durch einen formell unanfechtbar gewordenen Richterspruch. Es erscheint daher durchaus sachgemäß, ihn dem rechtskräftigen Urteile gleichzustellen."

Schließlich wird noch von Paul § 218 B.GB. ins Treffen geführt.

Es ist aber ein logischer Fehler, wenn er behauptet, dieser Paragraph zähle zu den rechtskräftig festgestellten Ansprüchen, nicht bloß den urteilsmäßig festgestellten, sondern in gleicher Weise „ausdrücklich" auch den Anspruch aus einem vollstreckbaren Vergleiche. Denn § 218 B.GB. hebt gerade den vollstreckbaren Vergleich vom rechtskräftig festgestellten Anspruch deutlich ab und man kann hier nicht in Zweifel sein, ob nicht etwa dieser Paragraph bloß exemplifizieren wolle. Die Logik seines Inhalts ist deutlich und die neben dem Vergleiche aufgeführte vollstreckbare Urkunde läßt sie mit Händen greifen. Daher wird auch von Paul die vollstreckbare Urkunde nicht erwähnt, die doch dann konsequenterweise nach ihm auch einen rechtskräftig festgestellten Anspruch enthalten müßte.

IV. Die unter I.—III. aufgeführten besonderen Wirkungen des Prozeßvergleiches gegenüber dem zivilrechtlichen Vergleiche, sowie der Umstand, daß seine Wirksamkeit als Prozeßvergleich mehrfach besonderen Voraussetzungen unterliegt, sollen den Schluß rechtfertigen, „dem im Prozesse zur Beseitigung des Rechtsstreites abgeschlossenen Vergleiche eine Stellung außerhalb des Privatrechtes anzuweisen".

Wir haben hier also einen letzten Analogieschluß von den Wirkungen des Prozeßvergleiches auf seinen Inhalt und von manchen besonderen Voraussetzungen seiner Rechtsbeständigkeit darauf, daß sich diese ausschließlich nach den Grundsätzen des Prozeßrechtes beurteile. Paul ist der Prozeßvergleich lediglich Prozeßhandlung und dem öffentlichen Rechte ausschließlich angehörig. Somit ist die Terminologie des Privatrechtes für ihn nicht maßgebend; Paul kann die entleerte Schale mit eigenem Inhalte füllen und hiervon macht er ausgiebig Gebrauch.

Es ist aber m. E. ersichtlich, daß diese Analogie wiederum keim Beweis ist. Nirgends sagt uns das Gesetz, daß der Inhalt des Prozeßvergleiches ein anderer sein könne oder solle, als der des gewöhnlichen Vergleiches. Auch die Wirkungen des Prozeßvergleiches sind, selbst die von Paul konstruierten als gesetzlich zugegeben, nicht gegenüber dem zivilrechtlichen Vergleiche lediglich andere, sondern eben nur infolge seiner besonderen Voraussetzungen verstärkte. Denn im Vergleiche werden u. a. sogar ganz neue Verpflichtungen begründet, die aber sofort Vollstreckbarkeit erlangen. Darum soll aber ihre Eingehung nie ein Zivilrechtsgeschäft gewesen sein, sondern nur öffentlich rechtliche Feststellung!

Dies zeigt doch m. E. deutlich nicht nur die Freiheit, sondern auch die Unzulässigkeit des Analogieschlusses von den Wirkungen auf den Inhalt des Prozeßvergleiches. — Über die Möglichkeit des bedingten Abschlusses eines Prozeßvergleiches läßt sich Paul nicht ausführlich aus.

Auch der Möglichkeit des Abschlusses des Prozeßvergleiches durch eine Partei mit einem Dritten ist nicht näher getreten worden, obwohl diese Möglichkeit auch für das alte Recht behauptet wurde

(vergl. Gaupp-Stein, Kommentar zu § 794 CPO.). Paul behauptet nur, allerdings von seinem Standpunkte aus folgerichtig, lediglich die Prozeßparteien seien Vertragschließende; denn reine Prozeßhandlungen können nur Parteien vollziehen. Somit ist sein Standpunkt schon durch die Novelle von vornherein unanwendbar gemacht.

Fernerhin ist es kein Gegengrund gegenüber der Annahme des Doppelcharakters des Prozeßvergleiches, daß sich bei der Abgrenzung von Existenz und Wirkung Grenzschwierigkeiten ergeben. Dies heißt noch den Satz aufstellen: etwas ist nicht richtig, weil es nicht einfach ist. Paul beschränkt sich gegenüber Kretzschmar und Troeltsch auf die Behauptung, daß er die Heranziehung des Privatrechtes bei Ordnung eines Rechtsverhältnisses des Zivilprozesses für unzulässig hält, da im Prozesse der Vergleich nur eine Stätte in seiner Eigenschaft als Prozeßhandlung habe und hier nicht als Privatrechtsvertrag, sondern als Urteilssurrogat wirke.

Inwieweit diese Behauptung bewiesen ist, ist oben gezeigt worden. Daß es auch Verträge mit rein prozessualem Inhalte gibt, die das Zivilrecht nicht kennt, ist ebenfalls kein Grund, den Vergleich ihnen zuzuzählen, denn diesen kennt und regelt das Zivilrecht.

Somit ist Paul der Beweis nicht gelungen, daß der Prozeßvergleich ausschließlich prozessualen Gehalt habe; er hat daher auch nicht bewiesen, daß er ausschließlich dem öffentlichen Rechte angehöre und daß daher der Vergleichsbegriff des bürgerlichen Rechtes hier nicht anwendbar sei, wie von ihm behauptet worden ist.

Da Paul aus dem Gesetze einen bestimmten anderen Inhalt des Prozeßvergleiches als den zivilrechtlichen nicht nachzuweisen vermag, so ist er nun in der Lage, frei aus den Grundprinzipien über den Prozeßvergleich dessen Inhalt zu schöpfen.

Die Parteien wollen nach Paul durch ein Übereinkommen den Rechtsstreit für immer erledigen und dieses Übereinkommen an die Stelle der Regelung durch gerichtliche Entscheidung treten lassen. Wir haben somit kraft Parteiwillens ein Urteilssurrogat und, weil der Vergleich das einzige Urteilssurrogat ist, eben einen Vergleich.

Somit ist für den Begriff der Parteiregelung genau wie für den des Urteils gleichgültig, wie die getroffene vertragsmäßige Regelung beschaffen ist und welcher Inhalt ihr von den Parteien im Einzelfalle gegeben wird. Die Definition (a. a. O. S. 33) des Prozeßvergleiches lautet daher bei Paul:

„Der Prozeßvergleich ist »jede zur Beilegung des Rechtsstreites getroffene Vereinbarung der Prozeßparteien, durch welche dasjenige, was der eine Teil auf Grund des den Streitgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses dem anderen zu leisten hat, vertragsmäßig festgestellt wird«. Gegenseitiges sachliches Nachgeben der Parteien, sowie Bestrittenheit des Rechtsverhältnisses ist nicht erforderlich."

Zum Beweise für die Richtigkeit dieser Definition beruft sich Paul auf den Prozeßzweck des Vergleiches, der eben nur im Urteilsersatz bestehe, gleichgültig, wie die Sache beigelegt werden soll, ferner auf die historische Entwicklung, sowie auf den Sprachgebrauch, der unter dem Vergleich nur eine gütliche Auseinandersetzung, nicht eine solche durch gegenseitiges Nachgeben versteht. Das letztere kann übrigens ruhig zugegeben werden; auch ist der Sprachgebrauch für die Auslegung eines Gesetzes maßgebend, aber nur solange das Gesetz keine selbständige Definition des Begriffes gibt. Auch ist wiederum der Sprachgebrauch insofern gegen Paul, insofern jener beim Vergleich einen wirklichen Streit, nicht bloß einen formellen Prozeß, voraussetzt. Die Beweiskraft der beiden zuerst genannten Momente ist oft besprochen worden.

Es ist ferner eine m. E. zu weitgehende Behauptung, die sich weder durch den Sprachgebrauch noch das Gesetz stützen läßt, daß der Sühneversuch des § 510 CPO. auf einen vollstreckbaren Schuldtitel abziele. Im Gegenteil, der Sprachgebrauch besagt nur, und das Gesetz widerspricht ihm in keiner Weise, daß ein Sühneversuch nur die Beseitigung eines Zwistes beabsichtigt. Der Sühneversuch ist demnach nicht notwendigerweise gescheitert, wenn ein Vergleich nicht abgeschlossen wird. Ist er gescheitert und wollen die Parteien den Rechtsstreit durchführen, dann müssen beide Teile darauf besonders antragen. Die Möglichkeit, sich zu einigen, ohne

gerade einen Vergleich vor dem Sühnerichter abzuschließen, ist somit gegeben, obwohl der Vergleichsabschluß der häufigste Fall der Einigung sein wird. Auch ist es, mindestens jetzt (seit 1. Januar 1900), ebenso einfach, zur Erlangung eines Schuldtitels über den vollen Betrag der Forderung eine Klage vorzutragen, worauf der Gegner anerkennt und der Richter ein Anerkenntnisurteil verkündet, welches nach neuem Recht nicht einmal vorher schriftlich fixiert zu sein braucht. Die hierbei vorgeschriebenen Protokollierungen dürften kaum mehr Zeit in Anspruch nehmen, als die Niederschrift eines Vergleiches.

Vor allem darf uns diese Umständlichkeit, selbst vorausgesetzt, daß das gesetzliche Verfahren eine solche enthielte, nicht davon abhalten, den Weg des Gesetzes für maßgebend zu erachten; und davon, daß das Gesetz in § 510 einen anderen Vergleichsbegriff zu Grunde lege, sagt es uns nichts. Auch widersprechen die Resultate dem durchaus nicht.

Den Zwangsvergleich hier in Parallele zu ziehen, ist schon durch seinen Namen nicht gerechtfertigt.

Durch die Fassung des § 779 B.GB. ist weiterhin die Möglichkeit des Stundungs- und Anerkenntnis-Vergleiches für jeden Vergleich gerettet, so daß diese von Paul geäußerten Bedenken jetzt von selbst entfallen. Wie er allerdings treffend ausführt (a. a. O. Seite 76), ungeschickt ist die Ausdrucksweise des § 779 Abs. 2 B.GB.; doch läßt sie sich immer zur Gewinnung der richtigen Resultate verwerten (darüber s. unten Kapitel II, § 7). M. E. willkürlich ist aber seine Behauptung, daß § 779 Abs. 2 zu einer Trübung des „echten" Vergleichsbegriffes führe. Die Echtheit des Vergleichsbegriffes ist von Paul selbständig konstruiert. Ihn widerlegt treffend Gaupp-Stein, Kommentar zu § 794 CPO. Note 6.

Überdies dürfen uns für die Auslegung auch hier die u. E. bedenklichen Konsequenzen eines Rechtssatzes nicht so ohne weiteres dazu bewegen, einen anderen, bessere Resultate liefernden Gesetzestext in das Gesetz hineinzutragen; und selbst, wenn der Gerichtsschreiber bei Prüfung des Schuldtitels vor der Erteilung der Vollstreckungsklausel einen „schweren Stand" haben sollte, so ist das

de lege lata noch kein Beweis, daß das Gesetz tatsächlich dem Prozeßvergleiche einen anderen Begriff zu Grunde gelegt hat, als wie er im bürgerlichen Gesetzbuche enthalten ist.

Ähnlich Paul stellt

### 2. Bülow

(Geständnisrecht, Seite 75)

folgende Behauptungen auf:

„Auch der Prozeßvergleich vereitelt die Urteilsfällung"; „er kommt der richterlichen Sachentscheidung zuvor". Der Prozeßvergleich setzt an Stelle des Urteils eine „andere Art von sachlicher Prozeßentscheidung", die nicht schwächer, sondern sogar noch stärker als das Urteil rechtsbestimmend in den Privatrechtszustand eingreift. Der Prozeßvergleich ist eine Prozeßhandlung, die eine vom außergerichtlichen Vergleich trotz des gleichen Inhaltes von Grund aus verschiedene rechtliche Beschaffenheit und Bedeutung hat, ähnlich und aus ähnlichen Gründen, wie sich das Prozeßgeständnis vom außergerichtlichen unterscheidet. Er ist eine dem Urteil nahe verwandte, eine ebenfalls von der Staatsautorität des wenn auch nicht schöpferisch mitwirkenden Gerichts getragene, ebenfalls mit materieller Entscheidungs- und sogar prompterer Exekutivkraft ausgestattete „konkrete Privatrechtsbestimmung".

Bülow scheint also insofern noch von Paul abzuweichen, daß er dem Prozeßvergleich wenigstens den gleichen Inhalt wie dem zivilrechtlichen zuspricht, wenn er auch lediglich dem Prozeßrecht angehören soll.

Andererseits allerdings stimmt er Paul in seinen Ausführungen über den Prozeßvergleich vollkommen bei. Er meint sogar (Seite 76):

„Es kommt nur darauf an, daß mit diesen Kategorien (er meint: mit den auf den Prozeß angewendeten Begriffskategorien des Privatrechts) nicht auch ein der Eigenart des Prozeßrechtes widerstrebender Inhalt in das Prozeßrechtsgebiet verpflanzt werden darf!"

Oder sollte Bülow den Vergleich mit dieser Bemerkung nicht mit treffen wollen?

Schließlich bemerkt Bülow noch:

„Es ist mir aber auch, obgleich ich hierüber noch nicht so im Vorübergehen absprechen möchte, sehr zweifelhaft, ob der Prozeßvergleich wirklich als eine rechtsgeschäftliche Verfügung abgefaßt werden darf."

Dr. Dämmig aus Meißen äußert sich in Wenglers Archiv, 1880, Seite 513—16 dahin, daß der Vergleichsbegriff, wenn auch im übrigen der des bürgerlichen Rechts, in §§ 794 Nr. 1, 2, 510 CPO. sowie § 41 GKG. und § 37 Abs. 3 GO. f. RA. „offenbar" ein weiterer sei und zwar jeder Vertrag, durch den die Parteien den Rechtsstreit gütlich beilegten.

Als Gründe führt Dämmig an:

1. Die Motive zu § 794 Nr. 1 CPO. verweisen zunächst auf das preußische Prozeßrecht.

Abgesehen davon, daß dies wiederum ein Beweis mittels der Motive sein soll und daß in der gedachten Stelle (Hahn a. a. O. Seite 445) auch noch auf eine ganze Fülle anderer Prozeßrechte verwiesen ist, ist dieser Beweis schon darum nicht schlüssig, als die Motive nur die Vollstreckbarkeitswirkung des Prozeßvergleiches im Entwurfe mit den anderen Prozeßrechten in Parallele setzen, über den Begriff jedoch kein Wort verlieren.

2. Es sei kein Grund aufzufinden, weshalb die Vereinbarung, wonach der Beklagte die M. 100.— der Klagforderung voll anerkennt, anders behandelt werden soll, als die, wonach er nur M. 99.99 anerkennt.

Das ist ein Vorwurf, den Dämmig jedem Vergleich machen muß, indem auch der zivilrechtliche Vergleich eng an volles Anerkenntnis oder vollen Verzicht angrenzen kann. Wenn uns aber eine Grenze von Gesetz gezogen ist, so ist zu dieser Unterscheidung ein Grund vorhanden und zwar ein wichtiger und zwingender. Wir sind vom Gesetz nicht ermächtigt, kleine Abweichungen = 0 zu setzen, sobald dieselben das Merkmal eines vom Gesetz definierten besonderen Begriffes sind.

### 3. Entscheidungen.

Ähnlicher Ansicht wie Dr. Dämmig ist das Landgericht Leipzig, Entscheidung vom 12. Oktober 1882: Wenglers Archiv, Jahrg. 1883, S. 671, 72.

Die vertragsmäßige Rücknahme der Klage unter Übernahme der Kosten des Prozesses durch den Kläger sei „nach der von dem dermalen erkennenden Gerichte seither konstant befolgten Praxis" „ein nach § 794, 1 CPO. zu Zwangsvollstreckung geeigneter Titel", nicht aber ein gebührenpflichtiger Vergleich im Sinne des § 18 GO. f. R.Ä.

Ebenso spricht der Beschluß des Landgerichts Leipzig vom 28. Oktober 1882 (Wenglers Archiv, 1887, S. 675) sich dahin aus, daß als Vergleich im Sinne von § 794, 1, CPO. jede Willensmeinung der Parteien anzusehen sei, durch die der anhängige Rechtsstreit ganz oder teilweise beigelegt wird.

Ebenso meint ein Beschluß des Landgerichts Dresden vom 8. Januar 1881 (Wenglers Archiv 1883, S. 256),

§ 23 GKG. und § 794 CPO. gingen „zweifellos" davon aus, daß ein Vergleich im Sinne eines Prozeßrechtes überall da vorliege, wo im Laufe eines Rechtsstreites ein Abkommen getroffen wird, durch welches der ganze Streit über einen Teil des Streitgegenstandes seine Erledigung findet.

Der Beschluß des Landgerichts Leipzig vom 30. Januar 1889 (Wenglers Archiv, S. 410 fg.) versucht eine eingehendere Begründung der von ihm aufgestellten Behauptung, daß unter einem Vergleiche im Sinne des § 794 Nr. 1 CPO. jede zur Beendigung des Prozeßverfahrens (zur Beilegung des Rechtsstreites) getroffene Vereinbarung der Prozeßparteien zu verstehen sei, durch welche dasjenige, was der eine Teil dem andern leisten soll, vertragsmäßig festgestellt wird, auch wenn die Vereinbarung den Erfordernissen eines Vergleiches im Sinne des bürgerlichen Rechtes nicht entspricht.

Dieser Beschluß geht von der Ansicht aus, daß es zivilistisch kein Vergleich sei, wenn der Beklagte „vergleichsweise" die

Kosten des Rechtsstreites nach Befriedigung des Klägers in der Hauptsache vor dem Termine übernimmt, und der Kläger die Klage zurückzieht, da der Kläger, wenn auch den Prozeß, so doch kein materielles Recht aufgäbe.

Auch sei es an und für sich zwar gewiß richtig, daß, wenn in einem Prozeßgesetze ein Ausdruck sich findet, der zur Bezeichnung eines bestimmten zivilistischen Begriffs dient, in der Regel davon auszugehen sei, daß dieser Ausdruck in demselben Sinne zu verstehen sei, wie nach den einschlagenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes.

Eine Ausnahme dürfte jedoch insoweit Platz greifen, als aus dem erkennbaren Zweck und Grunde des betreffenden Prozeßgesetzes ein zulänglicher Anhalt für die Annahme des Gegenteils sich ergibt.

Diese Entscheidung, die auf den Vortrag Pauls hin ergangen ist (vergl. Paul a. a. O. S. 96), hält wenigstens an dem logischen Grundsatze fest, daß die Wiederkehr des Begriffs in einem anderen Gesetze an sich noch nicht die Unanwendbarkeit des bürgerlichen Rechtsbegriffes beweist. Der Auslegungsfehler beruht bei dieser Entscheidung auf der Behauptung, daß die ratio legis uns für die Annahme des Gegenteiles einen zulänglichen Anhalt erkennen ließe. Die Gründe tauchen allerdings später sämtlich wieder bei Paul auf. Daher kann auf die Ausführungen gelegentlich der Besprechung der Paul'schen Schrift verwiesen werden.

Angeführt sind hier folgende Beweise:

1. „Augenscheinlich" soll die Anerkennung des Prozeßvergleiches als Vollstreckungstitel auf der Erwägung beruhen, daß der Erlaß eines richterlichen Urteils entbehrlich wird, wenn die Prozeßparteien selbst durch eine in beweisender Form getroffene Vereinbarung dasjenige, was der eine Teil dem anderen zu leisten habe, mit der für den Vollstreckungszweck erforderlichen Bestimmtheit feststellen. Für den logischen Beweis bleibt gerade das, was zu beweisen war, in der Luft hängen; denn es ist gar nicht abzusehen, nicht im Gesetz auch nur irgendwo aufs leiseste angedeutet und nur durch das Wort „augenscheinlich" dargetan, daß, wenn das Gesetz den

Vergleich für vollstreckbar erklärt, es „in Wahrheit" jeden Vertrag meint, der auf Beilegung des Rechtsstreites gerichtet ist. Dieser Grundgedanke findet sich eben nicht, wie schon oft bemerkt, im Gesetz, sondern nur in der Vorstellung des Auslegenden allein.

2. Der Begriff des § 794 Nr. 2 sei natürlich derselbe wie der des § 794 Nr. 1 CPO. Ersterer fuße auf § 510 CPO. Dem in diesem Paragraphen genannten Vergleichsbegriff den des bürgerlichen Rechts zu Grunde zu legen, würde zu kaum haltbaren Konsequenzen führen.

Über den Wert dieses Beweismittels, sowie die einzelnen „unhaltbaren Konsequenzen" siehe das oben über Pauls Standpunkt Gesagte.

3. Die schon bei Paul erwähnte Parallele zum Zwangsvergleich.

4. Der allgemeine Sprachgebrauch sei entschieden dazu geneigt, sobald es zu einem Prozesse gekommen sei, in dem Falle einer gütlichen Beilegung des Rechtsstreites von einem Vergleiche zu reden.

Dem gegenüber eine Gegenbehauptung aufzustellen, brauchen wir nicht, da wir uns auf die Notwendigkeit der Anwendung einer gesetzlichen Definition berufen.

5. Schließlich kann es m. E. auch nicht beweisend sein, daß „in ähnlicher Weise schon in der früheren Sächsischen Praxis in Betreff der von dem prozeßgerichtlichen Vergleiche handelnden Bestimmung in § 85 des Exekutionsgesetzes vom 28. Februar 1838 die Zulässigkeit einer erweiternden Auslegung verteidigt worden ist" (s. oben Anm. auf S. 12.).

## II. Kapitel.

## Wesen des Prozeßvergleichs.

### § 6.

### 1. Die Grundauffassung.

Als Überschrift dieses Kapitels, welches die positiven Ergebnisse des ersten liefern soll, möge der Satz dienen:

Der Prozeßvergleich ein Spezialfall des zivilistischen Vergleiches.

Dieser Satz soll keine Definition ersetzen, deren Ausfall in diesem Falle überhaupt nie ein völlig befriedigender sein könnte. Denn entweder würde sie kurz und somit unvollständig sein, oder sie enthielte einfach eine Aufzählung sämtlicher Voraussetzungen und Wirkungen und wäre dann als solche überflüssig. Vielmehr ist damit nur die Stellung gegenüber der dritten Hauptansicht bezeichnet, d. i. der Ansicht, die dem Gesetze am gefährlichsten geworden ist, somit nur der Grundgedanke festgelegt.

Es ist ja ein Satz der Logik, daß wir in einem logischen Gebilde wie das Recht einen von demselben definierten Begriff, so lange seiner Auslegung zu Grunde zu legen haben, bis durch Gesetz oder einen Gesetzkomplex, also durch einen logischen Gegengrund bewiesen wird, daß es für ein bestimmtes Geltungsgebiet einen anderen Begriff zu Grunde legt. In der Zivilprozeßordnung nun ist nichts davon zu finden, daß sie für das Wort Vergleich einen besonderen Begriff im Auge habe. Wie bei jedem Spezialfall, so stellt sie in jedem Paragraphen, in dem sie den Vergleich erwähnt, den Prozeßvergleich dem gewöhnlichen Vergleiche als einen

Sonderfall gegenüber, d. h. sie ändert im allgemeinen nicht die Eigenschaften des gewöhnlichen Vergleiches, sondern fügt ihm nur besondere Voraussetzungen hinzu, die besondere Wirkungen bedingen. Aber wohlgemerkt, „besondere" heißen außer den gewöhnlichen Voraussetzungen und Wirkungen, die bestehen bleiben, noch vorhandene Voraussetzungen und Eigenschaften. Selbst aber, wenn der Gesetzestext eine oder die andere Eigenschaft oder Wirkung des zivilrechtlichen Vergleiches abändert, müßten wir im übrigen am gegebenen festhalten. Auch das ist ein Gebot der Logik und keine willkürliche Behauptung. Ferner sind wir bei einem im gewöhnlichen Leben so wenig scharf umrissenen Begriff mangels einer gesetzlichen Festlegung desselben in der unangenehmen Lage, uns einen Begriff selbst zurechtlegen zu müssen; daß wir in diesem Falle der Phantasie ein sehr weites Feld einzuräumen haben, um zu Resultaten zu gelangen, haben wir bei der Besprechung des Paul'schen Systems gesehen, der dieses s. A. nach vorhandene Vakuum einfach mit seinen gesetzgeberischen Ansichten erfüllt. Dazu sind wir aber m. E. nicht gezwungen; im Gegenteil, der oben genannte Satz der Logik zwingt uns, den Vergleichsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch dem der Zivilprozeßordnung zu Grunde zu legen. (Mit vollem Recht nennt Gaupp-Stein, Kommentar zu § 794 CPO. Note 2 den Standpunkt Pauls eine logische Umkehrung.) Ich sage absichtlich: bürgerliches Gesetzbuch und Zivilprozeßordnung, nicht: bürgerliches Recht und Prozeßrecht; denn das Vorkommen eines Begriffes in mehreren Kodifikationen ist kein Beweis dafür, daß er in jeder derselben nur der von ihr hauptsächlich oder prinzipiell geregelten Materie angehöre. Wir finden in der Zivilprozeßordnung anerkanntermaßen nicht nur ebenso dem bürgerlichen Rechte angehörende Begriffe, sondern sogar diesem angehörende Rechtssätze verwendet bezw. aufgestellt, und es ist kein von vornherein logisch zwingender Satz, von dem Titel eines Buches auf den gesamten Inhalt zu schließen. Wir brauchen uns hier um den Unterschied zwischen Zivil- und Prozeßrecht nicht zu streiten; wir können nur behaupten wie beweisen, daß der Prozeßvergleich ein Spezialfall des im bürgerlichen Gesetzbuche definierten Vergleiches ist und die besonderen Voraussetzungen jenes Vergleiches

Wirkungen zeitigen, die den Prozeß als solchen beeinflussen.[1]) Der Prozeßvergleich ist ein beiden Materien auch innerlich angehörendes Rechtsinstitut; er ist daher ziviles Rechtsgeschäft, d. h. Vertrag im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches, er ist aber genau so gut den Prozeß beeinflussende Handlung, somit Prozeßhandlung im technischen Sinne.

Der Beweis für die besonderen prozeßrechtlichen Wirkungen ist unten anzutreten. Im folgenden soll erst eine ganz kurze Darstellung des zivilistischen Inhaltes versucht werden, da die zivilrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen für den Prozeßvergleich ihre Bedeutung im allgemeinen fortbehalten.

## § 7.

### 2. Der Vergleich des bürgerlichen Rechtes im allgemeinen.

Nach § 779 B.GB. ist der Vergleich ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruches unsicher ist.

Er ist also ein Vertrag im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches. Hieraus folgt, daß die Rechtssätze desselben über Rechtsgeschäfte und Verträge auf ihn Anwendung finden und zwar speziell die Rechtssätze über entgeltliche gegenseitige Verträge. Er ist stets ein Vertrag, durch den die Partei nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, wenn er bisweilen auch tatsächlich für eine Partei nur vorteilhaft sein kann. Das formelle Erfordernis des Nachgebens bedingt stets die Aufgabe eines rechtlichen Vorteils.

---

[1]) Immerhin wollen wir den Vergleich des § 779 B.GB. im folgenden kurz zivilrechtlichen Vergleich oder Vergleich des Zivilrechts nennen, da das deutsche bürgerliche Gesetzbuch anerkanntermaßen eine Hauptquelle des Zivilrechtes bildet und hier durchaus nicht behauptet werden soll, daß der Vergleich des § 779 nicht dem Zivilrecht angehöre, obwohl wir uns andererseits nicht verhehlen wollen, daß seine Grundlage, das zwischen den Parteien streitige oder ungewisse Rechtsverhältnis, neuerer Ansicht gemäß auch dem formalen Recht angehören kann (vgl. OLG. Karlsruhe vom 9. Oktober 1902 in der Rechtsprechung der O.LG. 6, 8).

Somit ist er vom Minderjährigen nicht ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters abschließbar. Auch im übrigen gelten die gewöhnlichen Rechtssätze über Verträge und Rechtsgeschäfte mit der in § 779 selbst konstatierten Ausnahme.

Eine Form ist nicht vorgeschrieben; d. h. nicht: er ist unter allen Umständen formlos. Auch wäre es m. E. der Logik des Gesetzes widersprechend, von dem Falle des § 782 auf alle anderen Fälle des Vergleiches zu schließen; insbesondere hätten wir als Folge dieses Schlusses wahrscheinlich nur eine Kontroverse zu verzeichnen, indem die einen am logischen Gesetzesinhalt festhalten und § 782 als einen Ausnahmerechtssatz darstellen, die anderen in § 782 die Anerkennung des allgemeinen, vom Gesetze sicherlich gewollten, Prinzipes finden. M. E. heißt das Fehlen einer Formvorschrift für den Prozeßvergleich nur so viel als: so lange für ihn bezw. das in ihm enthaltene Rechtsgeschäft keine besondere Form vorgeschrieben ist, ist er formlos. Bestimmt nun aber das Gesetz z. B., daß ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, so folgt aus den ferneren Umständen, daß der Vergleich ein Vertrag ist und zum Inhalte das Versprechen der teilweisen oder gänzlichen Vermögensübertragung z. B. als sogenannte Abfindungsleistung haben kann, daß er für den Fall dieses Inhaltes der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf.[1]) Nur, wie gesagt, das Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis bedarf in dem Falle, daß es Bestandteil eines Vergleiches ist, nicht der schriftlichen Form; eine übrigens m. E. unserem Verkehrsbedürfnisse vollauf gerecht werdende Vorschrift.

Ein etwaiger anderer Standpunkt der Materialien kann der geschlossenen Gesetzeslogik gegenüber nicht ins Gewicht fallen. Auch dürfte gegen das gewonnene Resultat de lege ferenda nicht das mindeste einzuwenden sein. Der Abschluß durch Stellvertreter ist unumschränkt zulässig. Nur bedarf nach § 1822 Nr. 12 der Vor-

[1]) Richtig: Bayer. Oberstes Landesgericht vom 1. Dezember 1902 in: Das Recht. Bd. 7, S. 42.

mund zum Abschluß jedes Vergleiches über Vermögenswerte über Mk. 300.— der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Auch gilt das vorhin von der Form gesagte. Hat nämlich der Vergleich als Rechtsgeschäft z. B. einen Inhalt der unter Nr. 1—11, 13 des § 1822 gedachten Art, so kommt auch hier die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts als Gültigkeitserfordernis in Frage.

Bemerkt sei noch, daß bei mangelnder Form oder mangelnder Genehmigung der § 139 B.GB. sehr in Betracht zu ziehen ist, da ja gerade der Vergleich sehr verschiedenartige Leistungen und Versprechungen zum Inhalte haben kann. Unter Umständen, wenn wahrscheinlich auch recht selten, können die übrigen Teile z. B. ein außerdem im Vergleiche enthaltener Erlaß ihre Gültigkeit behalten. Darüber entscheidet der Parteiwille.

Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe des Vergleiches sind bis auf die Ausnahme in § 779 dieselben wie bei jedem anderen Rechtsgeschäft bezw. Vertrag.

Für die eventuelle Haftung aus einem Vergleiche kommen §§ 455, 493 B.GB. in Betracht; vergl. auch § 365 desselben Gesetzes.

Sein Inhalt kann obligatorischer und dinglicher Natur sein. Meist wird er allerdings nur Versprechungen enthalten; jedoch können alle dinglichen Rechtsgeschäfte, Auflassungen ꝛc. z. B. als Abfindungsleistungen in ihm erklärt werden. Die Grenze ist nur durch das Erfordernis eines gegenseitigen Nachgebens gesteckt. Wie schon Planck, Kommentar zum B.GB. Bd. II S. 523 richtig ausführt, handelt es sich hier einfach um einen Begriff des täglichen Lebens, um einen sprachlichen Ausdruck des Verkehrs.

Irgendwelche Einschränkungen zu Gunsten der Herstellung eines „besonderen" Begriffs sind unzulässig, da sie des Anhalts am Gesetz entbehren, das sich einfach dieses Ausdrucks bedient, ohne ihn auch nur irgendwie mit einem besonderen, einschränkenden Inhalt zu erfüllen. Eine Stundung enthält somit ebenso ein Nachgeben, als das Versprechen einer neuen Leistung gegen teilweisen Erlaß einer bereits geschuldeten und als das formelle Anerkenntnis in und außer dem Prozesse, mag der Anspruch noch so gewiß sein.

Die drei Hauptmöglichkeiten des Vergleichsinhaltes im allgemeinen sind folgende:

I. Teilweiser Erlaß, teilweises Anerkenntnis.

II. Gänzlicher Erlaß, gänzliche Anerkenntnis gegen eine neue Abfindungsleistung oder gegen neuen Zusatz einer Bedingung, eines Termins.

III. Bedingte, betagte Ansprüche werden durch Wegfall der Bedingung oder des Termins sicher gemacht, natürlich gegen Ersatzleistung oder teilweisen Erlaß; auch können Ansprüche auf eine andere rechtliche Basis gestellt werden; z. B. der Fall des § 607 Abs. 2 B.GB. kann Vergleichsinhalt sein.

Schließlich können Komplikationen dieser Möglichkeiten in der verschiedensten Hinsicht eintreten.

Da das Gesetz den allgemeinen Ausdruck „Nachgeben" gebraucht, so kann die Abfindungsleistung auch in Aufgeben in öffentlich rechtlicher Befugnisse oder in der Konstituierung, Anerkennung solcher zu Gunsten des Gegners bestehen, soweit dies nach dem öffentlichen Recht nach Form und Inhalt möglich ist.

Bedingung, Termin des Vergleiches im ganzen sind unbeschränkt zulässig, ebenso der Vorbehalt eines Rücktrittrechts, Vereinbarung einer Konventionalstrafe, sowie Bürgschafts- und Pfandbestellung.

Vergleiche über die gesetzliche Unterhaltungspflicht, in denen auf den Unterhalt für die Zukunft verzichtet wird, also auch gegen Entgelt, sind nichtig.

Nur bez. des Anspruchs der unehelichen Kinder wird eine Ausnahme gemacht; hier ist wenigstens der entgeltliche Verzicht auf die Alimente für die Zukunft im Falle der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig (vergl. §§ 1614, 1714 B.GB.).

Ferner ist ein Vergleich über Testamente unbeschränkt zulässig.

Was nun die Voraussetzungen des Vergleiches betrifft, so haben wir als solche

I. ein angebliches Rechtsverhältnis als Basis desselben oder auch mehrere. Da das bürgerliche Gesetzbuch die Rechtsverhältnisse nicht näher umgrenzt, so kann an sich jedes Rechtsverhältnis

Voraussetzung eines Vergleiches sein (s. die Entsch. des OLG. Karlsruhe vom 9. Oktober 1902. Rechtsp. d. OLG. Bd. 6 S. 8),

II. die Dispositionsbefugnis der Parteien über ein solches Rechtsverhältnis. Der Vergleich enthält eine Verfügung über ein Recht. Sobald nun dieselbe den Parteien z. B. bei den meisten öffentlich rechtlichen Befugnissen, deren Ausübung gleichzeitig eine Pflicht gegenüber der Gesamtheit als solcher ist (vergl. auch § 1627 B.GB.), entzogen ist, so kann folglich über solche Rechte kein Vergleich abgeschlossen werden. Allerdings muß auch hier erfordert werden, daß, was wenigstens das Privatrecht angeht, diese Entziehung der Dispositionsbefugnis bez. des betreffenden Rechtsverhältnisses in einem Gesetze ausgesprochen sein muß. Sonst ist nur vom Standpunkte des unsittlichen Vertrages aus gesetzlich erlaubt, Vergleiche über Rechtsverhältnisse, die uns ihrem Wesen nach der privatrechtlichen Disposition entzogen erscheinen, für unzulässig zu erklären. Denn hier sind wir ausdrücklich ermächtigt, unsere Vorstellung über das Sittliche und Unsittliche zum Richter über die gesetzliche Gültigkeit von Rechtsgeschäften zu machen.

III. Streit oder Ungewißheit der Parteien über das betreffende Rechtsverhältnis. Das Gesetz besagt hiermit zwingend, daß das objektive Ermessen eventuell das Urteil des Richters hierbei nicht in Frage kommt, sondern lediglich die Tatsache des Streites bezw. die Vorstellung der Parteien, daß das Rechtsverhältnis, was Tatfrage oder rechtliche Bestimmtheit betrifft, ungewiß ist. Diese Tatsache bezw. Vorstellung ist Motiv des Vergleiches und zwar nach dem Gesetz ein Motiv, welches für das Bestehen des Vergleiches wesentlich ist. Ohne Streit oder Ungewißheit der Parteien über die Rechtslage kein Vergleich.

Dieser Umstand liegt im Wort Vergleich nach allgemeinem Sprachgefühl ganz deutlich und es bestehe kein Zweifel, daß die Partei, welche sich über ihr Recht ebenso im klaren ist wie die andere Partei über ihre Verpflichtung und doch etwas von ihrem Anspruche nachläßt oder Stundung gewährt, nur eine Schenkungsabsicht haben könne und sich dieser Absicht bewußt ist. Gerade die Absicht unterscheidet den Vergleich hauptsächlich vom Schen-

kungsvertrage, dessen Inhalt ja eine ähnliche Mannigfaltigkeit haben kann, wie der des Vergleiches.

Absatz 2 § 779 bestimmt ferner:

Der Ungewißheit steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruches unsicher ist; d. h. es soll die sogenannte ökonomische Ungewißheit der Ansprüche genügen!

Zweifelhaft kann man nur sein, ob diese Unsicherheit in der Vorstellung der Parteien vorhanden sein muß, oder ob es genügt, daß objektiv eine solche gegeben ist. Der Wortlaut scheint auf den ersten Blick für das letztere zu sprechen, und doch tut er es in Wahrheit nicht.

§ 779 Absatz 2 stellt eine Gleichung auf und zwar soll an Stelle eines Begriffes in Absatz 1 auch ein zweiter, nämlich der des Absatz 2, gesetzt werden können. Der Kondizionalsatz des Absatz 2 „wenn die Verwirklichung eines Anspruches unsicher ist", sagt nun noch nichts darüber, wem die Verwirklichung des Anspruches unsicher sein soll, und nur im Zweifel haben wir anzunehmen, daß die Unsicherheit eine objektive, d. h. die eines Mannes ist, der hierüber unparteiisch und vernünftig zu denken in der Lage ist. Dieses Zweifels sind wir jedoch überhoben. Wir haben nach den Grundsätzen der Gleichung diesen Kondizionalsatz, der substantiviert nach obigen Ausführungen nichts weiter als den in der Litteratur verbreiteten Ausdruck „ökonomische Ungewißheit" bedeutet, in Form dieses Substantivums in den Absatz 1 einzusetzen und zwar nicht an Stelle der Ungewißheit der Parteien, sondern, wie Absatz 2 ausdrücklich betont, lediglich an Stelle der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis. Der Begriff der Subjektiven wird dadurch nicht ausgeschieden, sondern wir erhalten somit das Resultat, daß zum gültigen Abschluß eines Vergleiches die ökonomische Ungewißheit der Parteien erforderlich und genügend ist; d. h. der „Parteien" bei gegenseitigen Leistungspflichten, einer Partei, des Gläubigers, bei einseitiger Leistungspflicht.[1])

[1]) Hedemann a. a. O. S. 65 meint, es müsse in jedem Falle, also auch bei einseitiger Leistungspflicht, jede Partei, mithin selbst der Schuldner, darüber im unklaren sein, ob der Anspruch nach Lage der Dinge realisierbar sei. Meines Erachtens zwingt der Wortlaut des Gesetzes nicht zu einer

Da übrigens die objektive Gewißheit der Verwirklichung eines Anspruchs eine Behauptung ist, die, wissenschaftlich betrachtet, kaum je aufgestellt werden dürfte, so würde bei einem Auslegungsresultate, welches die objektive Ungewißheit der Voraussetzung des Vergleichs für genügend erachtet, der Begriff des Vergleichs sehr weitgesteckte Grenzen erhalten haben, wovor uns das Gesetz glücklicherweise bewahrt hat.

Es ergibt sich hieraus, daß bei Anerkenntnis- und Stundungsvergleich, wo die Parteien über Existenz des Anspruchs weder stritten noch sonst im Zweifel waren, der Begriff des Vergleiches durch Absatz 2 § 779 auf jeden Fall gerettet ist, wenn nur die Parteien die Absicht haben, durch Vergleich die Verwirklichung ihres Anspruchs auf eine sichere Basis zu stellen. — Auch möchte bemerkt werden, daß ein Rechtsstreit stets ein Streit im Sinne des § 779 ist; denn formell ist der Prozeß eben nach der Zivilprozeßordnung ein Rechtsstreit, mag der Prozeß auch im Einverständnis der Parteien als sogenannter Scheinprozeß lediglich zur Erlangung eines Titels geführt werden; das liegt in der Bezeichnung eines jeden Prozesses als solchen, insbesondere in dem Umstande, daß ein sofortiges Anerkenntnis stets auch einen Rechtsstreit voraussetzt. Indem nun § 779 nur das Wort „Streit" verwendet, deckt er beide Arten des Streites: die materielle Differenz und den formellen Zustand mit Eintritt der Rechtsständigkeit. Auch sei auf Ausdrücke der Zivilprozeßordnung verwiesen, in denen der Prozeß einfach Streit genannt wird und wodurch die obige Beweisführung für uns

---

Annahme, die den Absatz 2 in seiner Wirkung illusorisch machen würde. Ich halte meine Ansicht für logisch vollkommen zulässig; denn wenn ich von der Ungewißheit jemandes rede, ob sich der Anspruch verwirkliche, so nimmt man diese Ausdrucksweise allgemein *nur* für die Gläubigerseite in Anspruch und hält es nicht für präzis, wenn man den Schuldner darüber unsicher sein läßt, „ob sich der *Anspruch* verwirklichen lasse". Da man nun mit der Möglichkeit der hier vertretenen Auslegung jedenfalls rechnen muß, so ist das Gesetz auch im Sinne dieser Möglichkeit auszulegen, und es wäre unrichtig, uns selbst den Weg zu versperren und dann darüber zu klagen, daß er versperrt sei.

zwingend wird; man denke an Streitgenossen (= Genossen im Streit, Rechtsstreite), Streitgegenstand (= Gegenstand des Rechtsstreites), Streitverkündung (= formelle Kundgebung von einem bestehenden Prozesse).

IV. Wesentliches Erfordernis für das Vorhandensein eines Vergleiches im Sinne des Gesetzes ist ferner die durch seinen Abschluß erreichte Beseitigung

1. des Streites, im Falle eines ihm zu Grunde liegenden Streites bezw. Rechtsstreites,
2. der Ungewißheit der Parteien über das Rechtsverhältnis, für den Fall, daß eine solche ihm zu Grunde liegt,
3. der ökonomischen Unsicherheit der Parteien, im Falle, daß eine solche ihm zu Grunde liegt.

Hierzu sind kaum nähere Ausführungen nötig, da nach dem Wortlaut durch den Vergleich nur die Tatsache des Streites oder der Ungewißheit bezw. Unsicherheit der Parteien über das Rechtsverhältnis beseitigt werden soll. Allerdings ist der Begriff der Beseitigung für alle drei Fälle ein objektiver, doch dadurch leicht kontrollierbar, als die Tatsache, ob die Parteien sich geeinigt haben, bez. ihre Ungewißheit durch den Vergleich beseitigt ist, schon durch den Vergleichsinhalt festzustellen sein wird. Aber die Beseitigung ist nach dem Gesetz nicht Parteienendzweck, sondern durch den Vergleich selbst wirklich erreichtes Ziel.

Nun ist es allerdings vom Gesetz etwas viel verlangt, wenn es im Falle der ökonomischen Ungewißheit einer Partei dieses Erfordernis aufrecht erhält. Jedenfalls stellt es starke Ansprüche an die Leichtgläubigkeit eines Gläubigers.

Wir haben uns indessen in der Sprache des gewöhnlichen Verkehrs gewöhnt, den Begriff der Gewißheit etwas laxer zu handhaben, und so können wir getrost die Behauptung aufstellen, daß in der Sprache des Verkehrs die objektive Gewißheit mit großer Wahrscheinlichkeit identifiziert wird. Denn wann könnte man überhaupt sonst den Begriff im Leben anwenden? Ist doch selbst der Satz, daß alle Menschen sterblich sind, nur eine Behauptung, die durch die Erfahrung eine große Wahrscheinlichkeit

für sich hat. Soll nun hier auch dem leichtsinnigen Gebrauch des Begriffes der Gewißheit nicht das Wort geredet werden, so können wir uns der Tatsache nicht entziehen, daß wir uns gewöhnt haben, auch in den Fällen, wo für das Eintreten künftiger Ereignisse nur nach unserem individuellen Ermessen große Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, von Gewißheit zu reden. Da nun dies tatsächlich die Sprache des Verkehrs ist, in der auch die Gesetze geschrieben sind und zu schreiben sind, so machen wir uns keiner Gesetzesverletzung schuldig, wenn wir den Begriff der großen Wahrscheinlichkeit mit dem der Gewißheit gleichstellen. Der Begriff ist dadurch aber auch insofern ein relativer geworden, als wir in diesem Falle ein Wachsen der Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung seines Anspruchs in der Vorstellung des Gläubigers als Ziel des Vergleichs bezeichnen können. Doch müssen wir uns dabei stets vergegenwärtigen, daß wir zu diesem Resultate die Ungenauigkeit der Sprache des Gesetzes benutzen. Will ein Interpret den Begriff der Gewißheit genau nehmen, dann ist er nicht zu widerlegen. Für eine Kontroverse ist hierdurch kein Raum gegeben. Die Praxis wird sich wohl hierüber keine Kopfschmerzen machen und sich die Tachsache des Vergleichsschlusses meist genügen lassen.

Aus dem Schweigen des Gesetzes ergibt sich weiterhin, daß ein Vergleich, sobald nur bei den Parteien tatsächlich ein Streit oder eine Unsicherheit über das Rechtsverhältnis in irgend welcher Beziehung vorhanden ist, auch nach rechtskräftigem Urteil, in dem dasselbe Rechtsverhältnis endgültig festgestellt worden ist, möglich ist. Das ist für den Prozeßvergleich wichtig, da auch ein solcher, nur unter der Voraussetzung, daß augenblicklich wieder ein Rechtsstreit angängig ist, über ein Rechtsverhältnis geschlossen werden kann, welches früher bereits einmal rechtskräftig entschieden worden war. Dieser Fall ist sogar für die Praxis gar nicht so unwahrscheinlich, man denke z. B. daran, daß die ökonomische Ungewißheit die Voraussetzung des Vergleiches bildet.

Was die Behauptung anlangt, der Vergleich habe auf jeden Fall novierenden Charakter, so ist dieselbe wenigstens für das deutsche bürgerliche Gesetzbuch m. E. völlig aus der Luft gegriffen. Andererseits können die Parteien im Vergleiche ausdrücklich ver-

einbaren, daß ein Schuldverhältnis als solches erlöschen und durch ein neues ersetzt werden soll; damit erlöschen dann selbstverständlich auch die ihm anhaftenden Nebenrechte, als Pfand und Bürgschaft, ebenso wie wenn und insoweit der Hauptanspruch durch Verzicht, Erlaß beseitigt wird. Auch kann im Vergleiche das selbständige Erlöschen eines Nebenrechts vereinbart werden. Im übrigen aber gelten durchaus die gewöhnlichen Rechtssätze. Ändert der Vergleich nichts an dem durch Nebenrechte gesicherten Schuldverhältnisse, so bestehen dieselben wie vorher fort. Wird es erweitert, dann gelten die Rechtssätze §§ 767, 1210 B.GB. Wird die Leistung inhaltlich nach „wirtschaftlichen" Begriffen eine andere, dann bedeutet dies allerdings im Zweifel das Erlöschen der alten durch die Begründung einer neuen Obligation, so daß dann auch die Nebenrechte erlöschen dürften.

(Vergl. hierüber Bardeleben, Vergleich im Deutschen bürgerlichen Recht, Marburger Inaug.-Dissert. 1899, ebenso Planck, Kommentar zum B.GB. Bd. II S. 524.)

Die Anfechtung des Vergleichs ist im allgemeinen nach den gewöhnlichen Grundsätzen möglich und durchzuführen. Besonderes ist im Gesetz nur für gewisse Fälle des Irrtums bestimmt. § 779 beschäftigt sich hauptsächlich gerade mit dieser Frage und bestimmt hierüber folgendes:

> Ein Vergleich ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalte des Vertrags als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde.

Es handelt sich also:

a) um einen Sachverhalt; das können rein tatsächliche Vorgänge, kann aber auch das Bestehen von Rechtssätzen und ihre Anwendbarkeit auf ein spezielles, das streitige Rechtsverhältnis sein. Der Ausdruck ist derartig unbestimmt, daß er uns eine engere Abgrenzung nicht ermöglicht.

b) Dieser Sachverhalt muß dem Vertrage zu Grunde gelegt sein; d. h. weiter nichts als: der Sachverhalt muß eine Voraussetzung des Vergleichs in der Vorstellung der Parteien bilden. Er braucht nicht etwa nur das Rechtsverhältnis, über das der

Vergleich abgeschlossen wird, zu betreffen, sondern kann ganz außerhalb der streitigen Rechtssphäre liegen. Denn es hieße den Ausdruck „zu Grunde legen" pressen, wenn wir diesen engen Anschluß des Inhalts der Voraussetzung an das betreffende Rechtsverhältnis, seinen Tatbestand, verlangen würden.

c) Diese Voraussetzungen, die ja sehr verschiedenartige sein können, müssen aus dem Inhalt des Vertrages erkennbar sein. Daß sie ausdrücklich im Vertrage ausgesprochen sind, wird nicht gefordert, da Vertragsinhalt unseren Rechtsanschauungen gemäß das tatsächliche Übereinkommen der Parteien in seinem vollen Umfange bildet und im Gegensatze zum Gesetzesinhalt nicht streng ans Wort gebunden ist. Aber allerlei heimliche Voraussetzungen einer Partei sind im Falle des Irrtums als unerheblich ausgeschlossen. Hieraus geht aber gleichzeitig hervor, daß die Parteien entweder beide den Sachverhalt zur Voraussetzung des Vergleiches machten, oder die eine Partei zum mindesten wußte, daß die andere Partei dies tat.[1])

d) Die sich den Sachverhalt als Voraussetzung des Vergleiches vorstellende Partei muß ihn als feststehend annehmen, d. h. nicht, wie v. Bardeleben a. a. O. Seite 86 meint, daß die Parteien den Sachverhalt nur als Grundlage annehmen, auf dem sie ihre Abmachungen aufbauen, ohne Rücksicht darauf, ob sie denselben für der Wirklichkeit entsprechend halten, nein: im Gegenteil, wenn ich etwas als feststehend einer Willensmeinung zu Grunde lege, dann supponiere ich nicht nur etwas theoretisch als Bedingung derselben (= annehmen), sondern ich nehme es als der Wirklichkeit entsprechend an. Ist also ein Punkt noch beim Vergleichsabschluß streitig oder ungewiß, so kann man denselben nicht bei diesem Vergleichsabschlusse als feststehend annehmen, ein „Irtum" im wahren Sinne des Wortes ist also in dieser Hinsicht m. E. überhaupt nicht möglich.

Soll von einem Irrtum gesprochen werden können, so muß die einen Umstand voraussetzende Partei diesen Umstand als der Wirklichkeit tatsächlich entsprechend annehmen.

---

[1]) Vgl. Urteil des Landgerichts Dresden vom 11. März 1902: Das Recht (6, 267) wohl im Anschlusse an Planck, Kommentar zum B.GB. Bd. II, S. 525 fg. Siehe jedoch unten S. 149 unter 3.

Gleichgültig ist es aber, ob diese Annahme eine wohlbegründete oder eine ganz vage ist, die ein besonnener Mensch niemals seiner Willenserklärung zu Grunde gelegt hätte. Auf eine Entschuldbarkeit kommt es somit im Falle des Irrtums über den wirklichen Sachverhalt nicht an. Insbesondere kann auch, wie bereits erwähnt, jeglicher Rechtsirrtum Grundlage des Vergleiches sein. Zum Beispiel, die Parteien nehmen infolge der Annahme eines nicht existierenden Rechtssatzes im Falle des Anerkenntnis- und Stundungsvergleichs die Klagforderung im ganzen oder in gewisser Höhe als bestehend an. Zu dieser Annahme zwingt uns die allgemeine Fassung des Gesetzes.

Die Unwirksamkeit eines Vergleiches hängt nun davon ab, daß

e) nachgewiesen wird, daß dieser Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht. Durch den Vergleich mit Nr. d) wird klar, daß dadurch der Begriff des Irrtums einer oder beider Parteien gegeben ist,

f) daß, wenn die irrende Partei die wahre Sachlage gekannt hätte, der Streit der Parteien oder ihre Unsicherheit über das Rechtsverhältnis nicht entstanden sein würde.[1]) Dies bedeutet doch die stärkste Einschränkung der Erheblichkeit der subjektiven Voraussetzung auf die Gültigkeit eines Vergleiches; denn nur dann ist der Irrtum im Motiv erheblich, wenn ohne sein Vorhandensein nicht nur nicht der Vergleich abgeschlossen, sondern überhaupt die betreffende Voraussetzung desselben (Streit, Unsicherheit, Ungewißheit) gar nicht zur Entstehung gelangt wäre.

---

[1]) Nach dem Wortlaut des Gesetzes, welches bloß von einem bestimmten Streit oder einer bestimmten Ungewißheit, also auch und außerdem nur von bestimmten Parteien spricht, scheint es mir zwingend, für den Fall, daß der Streit bei Kenntnis der Sachlage nicht zwischen den Parteien, wohl aber zwischen anderen oder um etwas anderes möglicherweise entstanden sein würde, die Voraussetzung des § 779 trotzdem für gegeben zu erachten. Insofern halte ich die Bedenken sowie den Zusatzvorschlag von Hedemann (a. a. O. S. 90) für überflüssig. Gibt er doch selbst zu, daß im § 779 B.GB. nur von einer Ungewißheit der Parteien, d. h. der Vertragsparteien, die Rede ist. Die möglicherweise entstandene Ungewißheit bei einer derselben und einem Dritten ist doch etwas anderes!

Beispiel: Ich streite mich mit dem Bruder meines Schwagers B. über eine Testamentserbschaft. Wir vergleichen uns, weil wir annehmen, sein Bruder lebt mit meiner Schwester in gutem Einvernehmen; wir wollen dasselbe durch den Streit nicht stören und bringen dies auch im Vergleich zum Ausdruck. Ich erfahre aber später, daß dies gar nicht der Fall ist, ich war ohne wirklichen Grund nachgiebig. Die Ehe ist eine unglückliche. Erheblich ist aber mein Irrtum nur, wenn ich nachweise, daß ich bei Kenntnis dieses Umstandes den Streit gar nicht begonnen hätte. Das kann ich natürlich nicht; denn ich würde mich im Gegenteil mit meinem Schwipp-Schwager bei Kenntnis des Umstandes erst recht gestritten haben.

Übrigens ist § 779 dispositiven Rechtens; eine Abmachung der Parteien kann die Fälle der Unwirksamkeit des Vergleiches nach Belieben vermehren, da ein Rechtssatz, der die privatrechtliche Dispositionsbefugnis der Parteien in dieser Beziehung beschränkte, im bürgerlichen Recht nicht erfindlich ist. Dies fällt auch dann in die Lehre von den (sogenannten echten) Unwirksamkeitsbedingungen.

Der erhebliche Irrtum in der erkennbaren Voraussetzung eines Vergleiches schafft dessen Unwirksamkeit; d. h. er ist ohne jede Anfechtung ohne jegliche Wirkung, somit nichtig. Eine Unterscheidung der Unwirksamkeit von der Nichtigkeit ist m. E. nach jetzigem bürgerlichen Recht wohl kaum praktisch erheblich. Das im Vergleiche oder auf Grund desselben Geleistete kann kondiziert werden, es sei denn, daß durch die Unwirksamkeit des Vergleichs auch das in ihm liegende dingliche Rechtsgeschäft ungültig ist und eine dingliche Klage gerechtfertigt erscheint (vergl. § 139 B.GB.).

Durch § 779 ist übrigens § 119 B.GB. nicht beseitigt. Das ergibt m. E. der Zusammenhang beider Paragraphen.

Spricht nämlich § 119 schon im wesentlichen nur vom Irrtum über den Inhalt einer Willenserklärung an sich, dem dieser Paragraph nur den Irrtum über wesentliche Personen- oder Sacheigenschaften gleichstellt, während in § 779 jegliches Moment maßgebend werden kann, so sind überhaupt Voraussetzungen und Wirkungen beider Paragraphen zu verschieden, als daß man von einer Gesetzes-Kollision reden könnte. Es gilt hier der Satz: be-

sondere Voraussetzungen bedingen besondere Wirkungen, und wenn auch zugegeben ist, daß Irrtum im Beweggrunde und Erklärungsirrtum bisweilen übereinstimmen können, so ist die Unwirksamkeit als die stärkere Wirkung der bloßen Anfechtbarkeit überlegen, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 779 vorliegen.

Der von Hedemann aufgestellte Satz (a. a. O. Seite 115), daß ein Irrtum, der nicht nach den Sonderregeln des § 779 zu behandeln ist, den allgemeinen Grundsätzen auch beim Vergleich, insbesondere § 119 B.GB., unterliege, ist daher vollständig richtig.[1])

Diese kurze Besprechung der wichtigsten Punkte über Wesen, Voraussetzungen und Wirkungen des zivilrechtlichen Vergleiches soll uns nun die Grundlage für die Besprechung des Prozeßvergleiches abgeben, da wir oben dargetan haben, daß letzterer gesetzlich nur eine Spezies des ersteren sein kann.

Die Fragestellung ist daher die:

Welche besonderen Voraussetzungen und Wirkungen hat der Prozeßvergleich gegenüber dem zivilrechtlichen Vergleich und inwieweit ändern eventuell die des ersteren die des letzteren ab?

## 3. Der Vergleich der Zivilprozeßordnung im besonderen.

### § 8.

### A. Voraussetzungen.

Die Voraussetzungen des Prozeßvergleiches stellen sich gegenüber denen des zivilrechtlichen Vergleiches als besondere gegenüber den allgemeinen dar, welche außer diesen noch vorhanden sein müssen. § 794 Nr. 1 CPO. bestimmt dieselben. Der Ausdruck Prozeßvergleich beruht lediglich auf dem Begriff dieses Paragraphen. Die Gesetzesstelle lautet:

Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreites

---

[1]) Vgl. vor allem zu diesem Punkt Hedemann a. a. O. S. 107 fg.

seinem ganzen Umfange nach oder in Betreff eines Teiles des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht abgeschlossen sind.

Der Vergleich muß also

I. nach Erhebung der Klage geschlossen sein. Richtig ist, daß im Rechtssinne ein Rechtsgeschäft oder eine Prozeßhandlung nur als solche bezeichnet wird und werden kann, wenn sie gültig ist; denn dann ist sie überhaupt nur eine solche und kommt dann für das Recht als Rechtsgeschäft in Betracht. Daher meint Kretzschmar a. a. O. S. 54 richtig, daß an sich nur die wirksam angestellte Klage in Betracht kommen kann. Andererseits bestimmt § 295 CPO., daß die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift durch Verzicht resp. Verschweigen geheilt werden kann, sobald die mangelnde Gültigkeit der Prozeßhandlung verzichtbar ist. Vorausgesetzt also, daß die möglichen Mängel der Klagerhebung und dessen, was ihr gleichsteht, verzichtbare sind, genügt der tatsächliche Vorgang der Klagerhebung, sobald er sich nur tatsächlich als solcher darstellt. Letzterer Umstand muß natürlich vorhanden sein; die Parteien können nicht etwa unter Berufung auf § 295 einen vollstreckbaren Prozeßvergleich abschließen, obwohl überhaupt noch keine Klage erhoben ist, indem sie auf diesen wesentlichen Mangel des Prozesses verzichten. Es ist bekannt, daß über die Frage, welche Prozeßmängel verzichtbar sind und welche nicht, großer Streit besteht. Diese Frage ist m. E. nicht zu lösen. Denn was soll das Hervortreten des sog. öffentlichen Interesses in der Zivilprozeßordnung bedeuten? Wie will man dartun, daß eine das Prozeßverfahren betreffende Vorschrift dem öffentlichen Interesse entspricht, die andere nicht oder doch bedeutend weniger? Der Erfolg gibt mir jedenfalls, glaube ich, Recht. Denn über die meisten Fälle konnte bisher wohl keine volle Einigung erzielt werden. Höchstens aus § 40 CPO. könnte man zur Not einen Fall der Unverzichtbarkeit eines prozessualen Mangels folgern; doch ist dieser Mangel für den Prozeßvergleich unerheblich, da § 40 von der absoluten Unzuständigkeit eines Gerichts handelt, der Vergleich jedoch vor jedem deutschen Gerichte abgeschlossen werden kann. Wir haben somit eine wirkliche Lücke im Gesetz, denn

das Gesetz verweist ausdrücklich auf das Vorhandensein, d. h. die Scheidung von verzichtbaren und unverzichtbaren prozessualen Mängeln und knüpft daran Rechtssätze; es fehlt aber die Angabe des unterscheidenden Merkmals oder die Bezeichnung der Fälle. Darum sind wir gezwungen, die Lücke auf die uns am entsprechendsten dünkende Weise auszufüllen. Behaupten wir daher mit Gaupp-Stein (Kommentar zu § 794 Note 16), daß der rein tatsächliche Hergang der Klagerhebung als Voraussetzung des Prozeßvergleichs genüge und die Mängel durch den Vergleich stets geheilt würden und geheilt werden könnten (indem er wohl den Vergleich als konkludente Verzichtserklärung im Sinne von § 295 auffaßt), so dürfte dies ganz zweckentsprechend sein. Man wird daher wohl im Interesse des Zustandekommens von Vergleichen gut tun, sich dem legislatorischen Standpunkt Gaupp-Steins anzuschließen. Übrigens ist es nicht uninteressant, zu beobachten, daß Gaupp-Stein sowohl als Kretzschmar ihre gegenteiligen Ansichten darauf gründen, daß das Gesetz es „so gemeint" habe. Was schließlich den tatsächlichen Vorgang der Klagerhebung betrifft, so unterliegt es ganz dem subjektiven Ermessen dessen, der darüber zu urteilen hat, ob man von einer „tatsächlichen Klagerhebung" reden kann oder nicht (z. B. Zustellung an einen falschen Vertreter, Fehlen des Klagantrages u. s. w.). Die Klagerhebung mit Rechtshängigkeit zu identifizieren, ist m. E. gesetzlich nicht zulässig.

Der Klagerhebung gleichgestellt ist nur in amtsgerichtlichen Sachen die Zustellung des Zahlungsbefehls, vorausgesetzt, daß rechtzeitig Widerspruch gegen den letzteren erhoben worden ist. Sonst ist stets der Akt einer ausdrücklichen Klagerhebung Voraussetzung zum gültigen Abschluß eines Prozeßvergleichs.

Der Zahlungsbefehl an sich ist somit keine genügende Voraussetzung des Prozeßvergleichs, und in landgerichtlichen Sachen ist selbst im Falle des rechtzeitigen Widerspruchs noch besondere Klage zu erheben. Auch der Vergleich im Sühneverfahren des § 510 ist daher als vor der Klagerhebung abgeschlossen kein Prozeßvergleich, auch nicht der sog. Vergleich im Privatklageverfahren (ebenso nicht der vor Erhebung der Klage in Veranlassung einer einstweiligen Verfügung abgeschlossene Vergleich [OLG. Hamburg

v. 7. Oktober 1899. Seufferts Archiv 55, 249; OLG. Dresden v. 20. Februar 1900 Annalen d. OLG. 21, 468]).

Die Möglichkeit eines Vergleiches ist bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreites geboten. Der Prozeß muß als solcher bestehen; denn es wird verlangt, daß er zur Beilegung des Rechtsstreites geschlossen wird, womit in Verbindung mit § 779 B.GB. gesagt ist, daß es sich um den Fall des Vergleiches handelt, wo ein Streit der Parteien seine Voraussetzung bildet und somit bilden muß und zwar nach § 794 ein Rechtsstreit. Die Vollstreckungsinstanz ist daher als solche nicht zum Abschluß eines Vergleiches geeignet, indes kann im Falle eines gerichtlichen Verfahrens während der Zwangsvollstreckung, sobald das Urteil zwar vorläufig vollstreckbar, aber noch nicht rechtskräftig ist, ein Prozeßvergleich vor dem Vollstreckungsgericht als deutschem Gericht in Frage kommen. Da § 717 CPO. nicht auf den Prozeßvergleich anwendbar ist, auch keine sonstige Bestimmung den Prozeßvergleich insoweit dem Urteile gleichstellt, so wird das vorläufig vollstreckbare Urteil nicht durch ihn ohne weiteres aufgehoben, sondern nur durch die Rechtsbehelfe der §§ 767, 768, 797 u. U. auch 775 No. 4 CPO. unschädlich gemacht (vergl. RG. v. 12. Oktober 1900 in Seufferts Archiv 56, 214).

Andererseits ergibt sich aus dem Gesetz, daß nach einer Klagrücknahme ein Rechtsstreit nicht mehr existiert, ja überhaupt als nie existent geworden angesehen werden soll, daß somit ein Prozeßvergleich über die Kosten nach derselben nicht mehr möglich ist. Es ist eine dem Gesetze nicht entsprechende Behauptung, wenn der Rechtsstreit nach der Klagrücknahme hinsichtlich der Kosten als anhängig bleibend gedacht werden soll. Die Kostenpflicht ist eine kraft Klagrücknahme feststehende. Das Urteil ist lediglich ein vollstreckbarer Titel, kein auf Grund kontradiktorischer Verhandlung ergehendes, sondern lediglich auf einseitigem Antrag des Beklagten im Termine zu erlassendes Endurteil. Daß die Praxis dies anders handhabt, hat im Kostenpunkt seinen erklärlichen Grund.

Richtig behauptet schon Kretzschmar, daß nach Erlaß eines Vollstreckungsbefehls im Mahnverfahren sehr wohl ein Prozeßvergleich möglich ist. Denn wenn das Gesetz bestimmt, daß der

Vollstreckungsbefehl einem vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteil gleichgestellt wird, so spricht es eine Fiktion kraft Gesetzes aus, wonach ein Versäumnisverfahren, also auch eine Klagerhebung und zwar sogar eine schlüssige Klagschrift fingiert wird, da ja auch das Gesuch um Erlaß eines Zahlungsbefehls schlüssig begründet sein muß. Dem steht nicht entgegen, daß in landgerichtlichen Sachen nochmals Klage vor dem Landgericht zu erheben ist. Wir haben in diesem Falle zwei Prozesse, von denen der eine die rechtskräftige Entscheidung des andern voraussetzt.

Theoretisch liegt übrigens auch die Möglichkeit vor, schon vor Einlegung des Einspruchs Prozeßvergleich abzuschließen.

II. Der Prozeßvergleich muß ferner als solcher von den Parteien oder zwischen einer Partei oder beiden Parteien und einem Dritten abgeschlossen sein.

Der Begriff der Partei beruht aber in der Zivilprozeßordnung auf verschiedenen Voraussetzungen und somit auch der gültige Abschluß eines Prozeßvergleiches. Einmal muß die Partei die Rechtsfähigkeit im Sinne des bürgerlichen Rechtes besitzen, zum mindesten den Erfordernissen des § 50 Absatz 2 CPO. genügen; außerdem muß sie Prozeßfähigkeit besitzen, denn wenn die Prozeßfähigkeit die Fähigkeit einer Partei ist, vor Gericht zu stehen, so muß auch für den Prozeßvergleich, der stets vor Gericht abgeschlossen werden muß, die Prozeßfähigkeit der Parteien vorausgesetzt werden. Ferner hat sich die Partei im Anwaltprozesse vor dem Prozeßgericht wenigstens durch einen Anwalt auch beim Abschluß eines Prozeßvergleiches vertreten zu lassen. Dies ergibt § 78 mit logischer Notwendigkeit; trotzdem ist diese Frage viel umstritten.[1]) In jedem anderen Falle kann sie selbst handeln.

[1]) Vgl. insbesondere Auerbach gegen Marcus in den Blättern für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts Bd. 14, S. 45 bezw. 76. De lege ferenda sind übrigens beide anscheinend derselben Ansicht, doch nur Marcus glaubt sich infolgedessen berechtigt, diese Ansicht als Beweis für die Richtigkeit derselben Ansicht de lege lata zu benutzen, wobei er noch meines Erachtens verkennt, daß § 296 CPO. die Form des Vergleichsschlusses keineswegs alteriert, dieselbe aber durch die allgemeine Vorschrift des § 78 CPO. hinreichend bestimmt ist, von einem Schweigen des Gesetzes also in dieser Frage nicht die Rede sein kann.

Da die Prozeßfähigkeit im allgemeinen mit der Verpflichtungsfähigkeit zusammenfällt, so ist hier für den Prozeßvergleich gegenüber dem des bürgerlichen Rechtes im wesentlichen nichts Neues bestimmt. Nur möchte als Ausnahme § 53 CPO. hervorgehoben werden, wonach eine in dem betreffenden Rechtsstreit durch einen Pfleger vertretene, an sich prozeßfähige Person keinen Prozeßvergleich gültig selbst abschließen kann, sondern allein ihr Pfleger bezw. dessen Anwalt.

Eine weitere ausdrückliche Ausnahme vom bürgerlichen Recht in einem die Möglichkeit des Prozeßvergleiches erweiternden Sinne bestimmt § 54 CPO. Er lautet:

> Einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im allgemeinen erteilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im allgemeinen statthaft ist.

Beispiel: Bekanntlich ist nach bürgerlichem Recht der Abschluß eines Vergleiches über einen Streitgegenstand von über M. 300.— durch gesetzliche Vertreter von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig gemacht. Ist nun der Prozeßvergleich eine Prozeßhandlung, dann ist er ohne diese Genehmigung gültig, da der gesetzliche Vertreter den Prozeß an sich ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung führen kann; derselbe ist daher höchstens wegen schuldhafter Verletzung einer Pflicht dem Vertretenen schadenersatzpflichtig. Wir können im voraus behaupten, daß der Prozeßvergleich Prozeßhandlung ist. Der Beweis wird unten anzutreten sein (vergl. unten § 10 unter b). Der Prozeßvergleich ist also ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gültig.[1]) Indes bezieht sich diese Vorschrift nur auf den Vergleich als solchen; enthält derselbe als Bestandteile, z. B. als Ersatzleistung, Verfügungen oder die Eingehung einer Verpflichtung, zu deren Gültigkeit die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde erforderlich ist, dann

---

[1]) Anderer Meinung OLG. Dresden vom 11. Mai 1903 (i. Rechtspr. d. OLG., 7. Bd., Nr. 32/34, S. 122 Nr. 13a).

bewendet es hierbei, so daß aus diesem Grunde der Vergleich ungültig sein kann. Denn § 54 spricht nur von Prozeßhandlungen, also von einem Vergleiche als solchen, berührt somit im übrigen die Verfügungsfähigkeit einer Partei oder ihres Vertreters nicht im mindesten. In dieser Hinsicht bleiben die Regeln des bürgerlichen Rechtes in voller Gültigkeit.

Die Novelle zur Zivilprozeßordnung hat nun ferner zugelassen, daß der Prozeßvergleich auch zwischen einer Partei und einem Dritten geschlossen werden kann, d. h. die Handlung eines Dritten soll den Rechtsstreit, den Streit der Parteien, enden. Dies enthält gegenüber dem zivilen Vergleichsbegriff m. E. eine Erweiterung dieses Begriffes im Fall des Prozeßvergleiches. Während nämlich § 779 bestimmt, daß ein Vertrag, durch den die Ungewißheit der Parteien durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird und somit von einer Ungewißheit der Parteien nur im Sinne von Vertragsparteien, d. i. den den Vergleich abschließenden Parteien, geredet werden kann, was auch der Ausdruck „gegenseitig" beweist, ist es im Falle des Prozeßvergleiches nachgelassen, daß zwei einen Vergleichsvertrag abschließen können, dessen Voraussetzung ein nicht unter ihnen, sondern ein zwischen einer Vergleichspartei und einem anderen (der anderen Prozeßpartei) streitiges, d. i. in einem Rechtsstreit befangenes Rechtsverhältnis bildet. Dem denkbaren Wesen des Vergleiches wird übrigens dadurch keinerlei Eintrag getan, denn die Forderung bleibt darum doch ungeschmälert bestehen, daß durch diesen Vertrag der Streit oder die Ungewißheit bezw. Unsicherheit der Parteien tatsächlich beseitigt sein muß, indem der Streit der Parteien nunmehr gegenstandslos erscheint. Das gegenseitige Nachgeben bezieht sich natürlich nach wie vor auf die Prozeßparteien, denn die Streitenden und Nachgebenden müssen logischerweise dieselben sein. Da nun der zu Grunde liegende Streit nach § 794, wenn anders ein Prozeßvergleich zustande kommen soll, der Rechtsstreit sein muß, so müssen die Nachgebenden die Prozeßparteien sein. Wir haben aber auch gesehen, daß der Begriff des Nachgebens ein sehr weiter ist. Hat der Vergleich zwischen einer Partei und dem Dritten zur Folge, daß dieser durch ihn der einen Partei verpflichtet wird, so be-

deutet dies wirtschaftlich für die andere Partei unter Umständen ein Nachgeben im Prozesse.[1])

Beispiel: Klage auf Vornahme einer individuellen Handlung.

Vergleich: Kläger läßt sich von einem Dritten vertragsmäßig versprechen, diese Handlung vorzunehmen. Die Auseinandersetzung mit dem Dritten ist Sache des Beklagten, der also insofern nachgibt, während das Nachgeben des Klägers schon darin zu finden ist, daß er sich mit der Erfüllung durch einen andern als durch den ursprünglich Verpflichteten begnügt. Auf welche Weise dieser erfüllt, ob vielleicht sogar besser als der ursprünglich Verpflichtete, ist gleichgültig.

Es ist für die Fälle des Vergleichsschlusses mit einem Dritten zu beachten: Soweit der Prozeß durch den Vergleich mit dem Dritten nicht dadurch direkt gegenstandslos wird, daß durch ihn der Klagaunspruch direkt vernichtet wird (ein Bürge zahlt, ein Dritter leistet, übernimmt eine Schuld, gibt eine Sache heraus), muß eine Erklärung der nicht am Vergleiche beteiligten Prozeßpartei zum Vergleiche hinzukommen, die den Rechtsstreit wirklich gegenstandslos macht.[2])

Durch das Nachgeben muß nach dem Gesetz der Rechtsstreit, also der formelle Streit, nicht die materielle Uneinigkeit der Parteien beseitigt werden, die wiederum nicht notwendig die Voraussetzung des Prozeßvergleiches zu bilden braucht. Der notwendige Erfolg des Prozeßvergleiches ist aber mithin nicht nur die Einigkeit der Parteien, sondern gewissermaßen mehr objektiv die Beseitigung des Rechtsstreites.[3]) Objekt der Beseitigung ist daher nicht die Tatsache einer Gespanntheit unter den Parteien,

---

[1]) Die Ausführungen Hedemanns a. a. O. S. 71 erscheinen mir daher nicht zutreffend.

[2]) Beispiel: Ein Dritter verbirgt sich für die Schuld des Beklagten durch Prozeßvergleich. Hierdurch wird der Prozeß über die Hauptschuld nicht berührt; erst das hinzukommende Anerkenntnis des Beklagten macht ihn gegenstandslos.

[3]) Das Wort Beseitigung haben wir, wie bereits oben gezeigt, im materiellen Sinne des Gegenstandslosmachens zu verstehen; einen Schluß auf die formelle Beseitigung des Rechtsstreites im Sinne seiner formellen Beendigung soll dies noch nicht zulassen. Dies können wir nur aus speziellen Sätzen hierüber entnehmen (s. unten § 10 b).

sondern Objekt sind die materiellen Unterlagen des Rechtsstreites, denen durch den Vergleich der Boden entzogen wird. Der Rechtsstreit muß wirklich durch den Vergleich ganz oder teilweise gegenstandslos werden (vergl. auch die Fassung von § 160 Nr. 1 CPO.).

Dies kann aber nur der Fall sein, wenn der Klaganspruch durch den Vergleich einer Partei mit dem Dritten wirklich ganz oder teilweise berührt, erledigt wird, was nicht immer der Fall sein dürfte. Es werden somit oft Vergleiche vorkommen, die beide Parteien und einen Dritten zu Vertragsparteien haben.

„Dritter" ist ein negativer Begriff, nämlich eine Person des Privatrechts, die nicht zugleich Prozeßpartei ist. Ob der Nebenintervient Partei ist, kann ich an dieser Stelle nicht eingehend erörtern; ich möchte nur behaupten, einmal, daß ihn das Gesetz als Nebenpartei auffaßt (Gegensatz zu: Hauptpartei), also immerhin als Partei, wenn auch nicht als eine vollwertige, andererseits, daß außer den formellen Befugnissen des Nebenintervienten der Sprachgebrauch für diese Auffassung spricht, der jeden, der einer Sache nicht objektiv gegenübersteht, als Partei zu bezeichnen trachtet, zumal wenn der materiell Interessierte dem formellen Verfahren beigetreten ist und daselbst ganz auf der einen Seite der streitenden Gegner steht. Daß er unmittelbar wenigstens für fremde Interessenten ficht, so daß das Urteil sich nur auf die Hauptpartei bezieht, steht dem ebensowenig entgegen wie die Überschrift zum dritten Titel des zweiten Abschnittes des ersten Buches der Zivilprozeßordnung, unter dem ja auch die Hauptintervention mit eingeschlossen ist, so daß die Bezeichnung „Dritter" im Rechtsstreite nur die Stellung dieses Betreffenden vor seiner Beteiligung bezeichnen kann, was logisch zulässig ist. Diese Erwägung allein rechtfertigt den Satz, daß der Nebenintervient bez. seiner Prozeßfähigkeit und Vertretung vollständig den Erfordernissen einer Partei entsprechen muß.

Andererseits ist nicht abzusehen, warum im übrigen ein Dritter beim Abschluß eines Prozeßvergleiches wie eine Partei prozeßfähig bezw. vertreten sein müsse (vergl. Gaupp-Stein a. a. O. zu § 794 Note 23). Denn das Gesetz spricht überall, wo es der betreffenden Erfordernisse gedenkt, nur von der Partei als solcher

(Parteifähigkeit, Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Parteien müssen sich im Anwaltsprozesse vertreten lassen u. s. w.). Es bleiben somit für den gültigen Abschluß eines Prozeßvergleiches durch Dritte für diese lediglich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts in Geltung.

III. Der Prozeßvergleich muß vor einem deutschen Gericht abgeschlossen sein, um als solcher gelten zu können.

Die Schwierigkeit der Interpretation liegt in dem Worte „einem" deutschen Gerichte.

Einerseits hat man jegliches deutsche Gericht, mag es Verwaltungsbehörde, besonderes Gericht u. s. w. sein, zur Entgegennahme von Prozeßvergleichen für kompetent erklärt.

Andererseits ist auch die Meinung zahlreich vertreten, daß ein Prozeßvergleich nur von den Gerichten geschlossen werden könne, die mit dem betreffenden bürgerlichen Rechtsstreite, sei es durch Klagerhebung und was ihr gleichsteht, oder durch Auftrag oder Ersuchen befaßt seien.

Die letztere Ansicht verstößt m. E. gegen den klaren Wortsinn des Gesetzes.

Wenn das Gesetz den Vergleich vor einem deutschen Gerichte als Prozeßvergleich auffaßt, dann ist das nicht dasselbe wie der Vergleich vor dem Prozeßgericht oder dem beauftragten oder ersuchten Richter, die stets in der Zivilprozeßordnung als solche bezeichnet sind. Diese Meinung könnte nur gerechtfertigt erscheinen, wenn das Gesetz die Beschränkung, welche die Interpreten der letztgenannten Meinung selbst hinzufügen, ausgesprochen oder zum mindesten den allgemeinen Grundsatz aufgestellt hätte, daß Prozeßhandlungen ausnahmslos nur vor dem Prozeßgericht oder dem beauftragten oder dem ersuchten Richter vorgenommen werden könnten. Dies hat es aber, ich möchte sagen, wohlweislich unterlassen, und daß es konkludent in ihm enthalten wäre, ist durch § 794 widerlegt. Die beschränkende Interpretation beruht m. E. lediglich auf einer unbewiesenen Forderung, die durch die Behauptung nicht gestützt wird, daß ein Gericht, wenn es in einem Rechtsstreit nicht als Prozeßgericht oder als beauftragter oder ersuchter Richter in Frage kommt, nur als Organ der freiwilligen

Gerichtsbarkeit tätig werden „könnte“. Eine Forderung der Logik ist dies wohl kaum; wenn daher das Gesetz einzelne vor anderen Gerichten vorgenommene Prozeßhandlungen für gültig erklärt, so haben wir de lege lata keinen zwingenden Grund, uns dagegen zu sträuben und die Erwägungen, wie sie hiergegen, vor allem Wolf a. a. O. Seite 196 fg. aufstellt, sind nur de lege ferenda von Wert.

Aber auch die Ansicht ist m. E. nicht richtig, welche einen Vergleich vor irgend einer deutschen Behörde, die auf den Namen Gericht Anspruch machen kann, für einen Prozeßvergleich erklärt, wenn er nur im übrigen den Voraussetzungen des bürgerlichen Rechtes und der Zivilprozeßordnung entspricht. Aus § 794 läßt sich allerdings diese Ansicht nicht widerlegen. Wir haben hier aber das allgemeine Prinzip, welches uns diesen Paragraphen in einem beschränkteren Sinne verstehen läßt, als wie wir ihn an sich zu verstehen hätten, im Gesetze selbst ausgesprochen. Ich denke hierbei an § 3 EG. z. CPO. mit § 13 GVG.

Bestimmt nämlich die Zivilprozeßordnung, daß der Prozeßvergleich vor einem deutschen Gerichte abgeschlossen werden kann und das Einführungsgesetz § 3 hierzu, daß die Zivilprozeßordnung auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung findet, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören, so folgt hieraus, daß die Zivilprozeßordnung nur das Verfahren, d. h. die Gesamtheit der Prozeßhandluugen, welche vor den ordentlichen Gerichten vorgenommen werden können, regelt. Regelt es aber nur das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten, so können mithin die in ihr festgelegten Handlungen nur vor diesen vorgenommen werden. Damit stimmt überein der in § 13 GVG. ausgesprochene Satz, daß die bürgerlichen Rechtsstreitgkeiten vor die ordentlichen Gerichte gehören, d. h. daß alle Handlungen im bürgerlichen Prozesse im allgemeinen nur vor solchen vorgenommen werden können. § 3 Abs. 2 EG. z. CPO. bestimmt ferner, daß die Zivilprozeßordnung und somit auch § 794 auf die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung findet, für die besondere Gerichte zugelassen sind, die aber landesrechtlich den ordentlichen Gerichten übertragen sind, sofern nicht das Landesrecht ausdrücklich ein abweichendes Ver-

fahren festgesetzt hat. Vorbehaltlich dieser etwa landesrechtlich bestimmten Ausnahme kann also in einem bürgerlichen Rechtsstreite, der reichsrechtlich oder landesgesetzlich vor ein ordentliches Gericht gehört, ein Prozeßvergleich vor jedem ordentlichen Gerichte Deutschlands abgeschlossen werden. Hiermit soll übrigens nicht gesagt sein, daß die Zivilprozeßordnung nicht eine Ausnahme von der Regel des § 3 EG. bestimmen könnte, indem sie einzelne Handlungen des bürgerlichen Rechtsstreites auch z. B. vor einer Verwaltungsbehörde vorzunehmen gestattete. Im Falle des § 794 jedoch eine Ausnahme anzunehmen, fehlt m. E. der genügende Anhalt, da das Wort „einem" vor dem Wort „Gericht" viel zu farblos ist, als daß man hierdurch legitimiert wäre, das Wort Gericht in einem weiteren als durch die anderen genannten Paragraphen vorgeschriebenen Sinne zu verstehen. Verstehen wir aber hierunter andererseits jedes deutsche ordentliche Gericht, so bewegen wir uns vollkommen innerhalb der gesetzlichen Grenzen, da das von gegnerischer Seite behauptete, den § 794 nochmals und zwar in dem Sinne beschränkende Grundprinzip, daß Prozeßhandlungen eines anhängigen Prozesses nur vor dem Prozeßgericht oder dem beauftragten oder ersuchten Richter vorgenommen werden könnten, gesetzlich d. h. als Rechtssatz nicht existieren dürfte. Wir brauchen daher diesen Paragraph dem Grundprinzip weder unterzuordnen, noch ihn als gesetzliche Ausnahme[1]) desselben zu bezeichnen; noch endlich brauchen wir die Fiktion eines ersuchten Gerichts (vergl. Planck a. a. O. Bd. I, Seite 306) aufzustellen, um unsere Meinung gewissermaßen „innerlich" zu rechtfertigen. Wenn auch das Gesetz in 999 Fällen bestimmt, daß Prozeßhandlungen vor

[1]) Der Begriff der Ausnahme ist überhaupt logisch ein Begriff, der gleichsam durch Subtraktion von einem Regelsatze gewonnen wird. Davon ist streng zu unterscheiden der Fall, wo das Gesetz keine allgemeine Regel aufstellt, sondern 99 Fälle eines Rechtsinstitutes gewissen Erfordernissen unterwirft, dieser bildet somit keine Ausnahme im streng logischen Sinne, wenn auch beides oft durcheinander geworfen wird. Für uns ist dies insofern nicht unwichtig, weil der Ausdruck „vor einem deutschen Gerichte" an sich farblos ist, so daß wir ihn seinem Wortsinne gemäß wohl als besonderen Fall, nicht aber als Ausnahme von einer seine Geltung an sich einschränkenden Regel ansehen können.

dem Prozeßgericht oder dem beauftragten oder dem ersuchten Richter vorgenommen werden sollen, so sagt es damit nichts für den besonderen 1000. Fall, sobald dieser eine weitere Auslegung gestattet.

Da ferner die Zivilprozeßordnung nur im deutschen Reiche Geltung hat und somit gemäß § 1 EG. nur das Verfahren in einem deutschen bürgerlichen Rechtsstreite regeln kann, § 794 auch ausdrücklich auf „den Rechtsstreit" Bezug nimmt, der sonach nur als deutscher in Frage kommen kann, so kann sie auch nur Prozeßhandlungen regeln, die als solche eines deutschen bürgerlichen Rechtsstreites vorgenommen werden. Es hat darum keine Gefahr, wie Wolf a. a. O. Seite 204 meint, daß bei einer wortlautgemäßen Auslegung des § 794 seine Anwendung auf den ausländischen Prozeß zugestanden werden müßte.

Ich möchte schließlich nicht unerwähnt lassen, daß als ordentliches Gericht nicht z. B. ein Nachlaßgericht oder das Grundbuchamt, sondern nur ein Gericht in Frage kommen kann, welches als Behörde der streitigen Gerichtsbarkeit tätig ist. Das Gerichtsverfassungsgesetz ergibt dies unwiderleglich. Ein solches ist aber auch das Vollstreckungsgericht.

Fernerhin sind reichsrechtlich ausdrücklich die Konsulargerichte und die mit der Gerichtsbarkeit in den Schutzgebieten betrauten Beamten infolge Ersuchens eines ordentlichen Gerichtes während der Erledigung desselben den ordentlichen Gerichten gleichgestellt.

Auch ist reichsrechtlich kraft ausdrücklicher Normen den Vergleichen im Verfahren vor den Konsuln und Konsulargerichten selbst, vor den Gewerbegerichten, den Kaufmannsgerichten, den Innungen und Innungsschiedsgerichten, den Gerichten der Schutzgebiete Vollstreckbarkeit verliehen. (Vergl. folgende Gesetze: Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900, Gesetz, betr. die Gewerbegerichte, vom 29. Juli 1890, Gesetz, betr. Kaufmannsgerichte, vom 6. Juli 1904, Gewerbeordnung, Fassung vom 26. Juli 1900, Gesetz, betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 15. bezw. 19. März 1888.)

IV. Der Prozeßvergleich muß vor Gericht abgeschlossen sein, d. h. der Abschluß muß in Gegenwart des Gerichtes stattfinden. Dies ist und muß auch der Sinn des Vorganges sein, welcher sich in der Praxis oft vollzieht und wonach die Parteien ein Schriftstück überreichen, auf dem der Vergleich schriftlich verzeichnet ist und zu dessen Inhalt sie sich vor Gericht bekennen. Das Schriftstück bildet sonach nur die Grundlage für die Erklärungen vor Gericht, die durch Bezugnahme auf den Inhalt des Schriftstückes selbst, den Inhalt desselben erlangen. Betreffs der Form verbleibt es bei den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Die gegenteilige Entscheidung des Reichsgerichts vom 17. Mai 1901 (Entsch. CS. Bd. 48, Seite 183, Seufferts Archiv Bd. 56, Seite 481 fg.) arbeitet mit Gründen, deren Beweiskraft m. E. nicht schlagend ist. Vor allem sei des weitgehenden Analogieschlusses von seiner Vollstreckbarkeit aus auf die Unabhängigkeit des Prozeßvergleiches von den Formvorschriften des bürgerlichen Rechts gedacht. Aber auch die Beurkundung seitens des Prozeßgerichts beweist ebensowenig etwas für die Ansicht des Reichsgerichts als die Denkschrift zu § 163 Gesetz, betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.[1]) Prinzip ist also im Zweifel: Formlosigkeit, daher Mündlichkeit, denn Prozeßvergleich ist ein Vertrag unter Anwesenden. Die Vorschriften über gerichtliche Beurkundung eines Vertrages finden auf ihn keine Anwendung. Das Protokoll bleibt lediglich Sitzungsprotokoll, in dem die Tatsache des an sich schon rechtlich relevanten Vorganges nur noch festzustellen ist (vergl. § 160 CPO., besonders auch Nr. 2), eine bekanntlich viel umstrittene Frage. M. E. ist der Ausdruck „feststellen" zwingend, da ich nur „Tatsachen" feststellen kann und nicht das Geringste gesagt ist, daß diese Feststellung die Tatsache, nämlich des rechtlich gültigen Vergleiches, erst zur Vollendung bringt (vergl. Rospatt in: Das Recht Bd. 5, Seite 119, dagegen Franke das. Seite 169). Macht man doch die Gültigkeit eines

[1]) Ebenso leider OLG. Hamburg vom 21. Januar 1901 Rechtsprechung der OLG., Bd. 2, S. 213; ferner OLG. Stuttgart vom 29. November 1900 das. S. 51; Dronke, der Prozeßvergleich als Ersatz der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bei Busch, Bd. 30, S. 47 fg.

Antrages auch nicht von seiner Feststellung im Protokolle abhängig. Ist eine gerichtliche Beurkundung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes vorgeschrieben, so hat dieselbe zu erfolgen. Das Gericht muß dann außerdem als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit mitwirken, wenn es hierzu überhaupt befugt ist.[1])

Es ließe sich noch die Frage aufwerfen, ob nicht ein vor einem Notar abgeschlossener Vertrag, z. B. eine im Vergleiche enthaltene Auflassung, gleichzeitig Prozeßvergleich sein könnte, indem er vor dem Prozeßgericht abgeschlossen wird. Ich kann nichts finden, was dem entgegenstünde. Warum sollen nicht zwei Behörden gleichzeitig mitwirken können; zumal die Funktionen geteilt sind, die eine bringt den Vertrag mit den Parteien nach den Regeln des bürgerlichen Rechtes zum Abschluß, die andere ist als Behörde der streitigen Gerichtsbarkeit gegenwärtig und stellt die vollendete Tatsache urkundlich fest. Es wird somit die doppelte Wirkung dieses gleichzeitig dem Zivilrecht und dem Prozeßrecht angehörenden Vertrages erzielt. Letzterer Umstand macht eine derartige Komplikation zur logischen Konsequenz und nur ein Rechtssatz des Inhalts, daß die gleichzeitige Mitwirkung zweier Behörden beim Zustandekommen einer Rechtshandlung zum Schaden dieser verboten wäre, würde dem entgegenstehen. Das Nebeneinanderlaufen zweier Protokolle enthält somit keinen Widersinn. Auch würde sich dadurch praktisch m. E. nur Nützliches ergeben.

Die Meinung, der Prozeßvergleich brauche stets nur mündlich abgeschlossen zu werden, stützt sich lediglich auf die Qualität des Prozeßvergleiches als Prozeßhandlung. Es ist jedoch m. E. nicht zutreffend, daß jede Prozeßhandlung notwendig nur eine mündliche sein könne. Solange daher die Zivilprozeßordnung nichts anderes bestimmt, verbleibt es bezüglich einer Handlung, die auch dem bürgerlichen Rechte angehört, bei den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. § 128 ZPO. bezieht sich aber nur auf die „Verhandlung über den Rechtsstreit", bezieht sich somit nicht auf seine Beilegung durch Vergleich. Dies dürfte schon die sprachliche

[1]) Vgl. hierzu teilweise abweichend: Josef in: Das Recht, Bd. 7, S. 502.

Auslegung an sich ergeben, außerdem wird dies aber auch durch § 130 (mit § 129) CPO. bestätigt, der den Begriff der mündlichen Verhandlung über den Rechtsstreit näher darlegt.

Auf einem zu weitgehenden Analogieschlusse beruht ferner m. E. die Behauptung, der Vergleich vor dem beauftragten oder ersuchten Richter bedürfe zu seiner Gültigkeit der Protokollierung, deshalb, weil dies für den Fall des gerichtlichen Geständnisses vorgeschrieben sei. Derselbe ist aber weder ein gerichtliches Geständnis, noch ist es notwendig, den Prozeßvergleich durch das Protokoll vor das Prozeßgericht zu bringen und so zum Gegenstande des Prozesses zu machen. Seine Vollstreckbarkeit knüpft sich direkt an den Abschluß vor einem deutschen Gerichte an, ebenso die Beendigung des Prozesses, wie wir unten näher sehen werden. Besondere Regeln sind daher für den Prozeßvergleich vor dem beauftragten oder ersuchten Richter nicht aufzustellen.

Andererseits ist schon öfters in Litteratur und Entscheidungen richtig hervorgehoben worden, daß die Protokollierung des Prozeßvergleiches durch das Gericht, vor welchem der Vergleich abgeschlossen wurde, notwendige Vorbedingung der Zwangsvollstreckung ist. Denn dieselbe ist genau wie beim Urteile davon abhängig, daß der Gerichtsvollzieher eine vollstreckbare Ausfertigung des Sitzungsprotokolls erhält. Es gilt in dieser Beziehung dasselbe wie beim Urteile, welches ebenfalls Teil eines Sitzungsprotokolls sein muß (vergl. § 160 Nr. 5 CPO.).

V. Es ist bereits oben verwertet, daß die Vertragsparteien im Falle des Prozeßvergleiches die Absicht der Beilegung des Rechtsstreites haben müssen. Es gehört also zum gültigen Abschluß eines Prozeßvergleiches die Absicht, der auf die Beilegung des Rechtsstreites gerichtete Wille der Parteien. Die Absicht wird natürlich schon meist aus der Tatsache des Vergleichsschlusses und dem Inhalte des Prozeßvergleiches erkennbar sein. Auch der Dritte muß den Prozeßvergleich in der Absicht schließen, hierdurch dem an sich ihm fremden Rechtsstreite zu seiner Beilegung zu verhelfen. Daß schließlich die Worte „zur Beilegung des Rechtsstreites“ dem Vergleiche des bürgerlichen Rechtes für den Sonderfall des Prozeßvergleiches stets die Voraussetzung des Streites

der Parteien zu Grunde legen, ist schon oben unter Nr. I dargelegt worden.

## § 9.

### B. Inhalt des Prozeßvergleiches.

Über den möglichen Inhalt des Prozeßvergleiches existieren keine besonderen Bestimmungen. Es gilt somit ganz das über den zivilrechtlichen Vergleich Gesagte; insbesondere greift hier die Möglichkeit des Verzichts auf prozessuale Rechte in einem Prozeßvergleiche Platz. Auch soll an dieser Stelle nochmals gegenüber der Paul'schen Theorie betont werden, daß nur ein gegenseitiges Nachgeben enthaltender, nicht jeder lediglich auf Beendigung des Prozesses gerichteter Vertrag einen gültigen Prozeßvergleich darstellen kann (s. hierüber die ausführliche Darstellung oben § 5 unter Nr. 1).

Ferner ist es klar und nie bestritten gewesen, daß auch die Prozeßkosten allein Gegenstand eines Prozeßvergleiches sein können. Auf sie besteht, wie schon Gaupp-Stein a. a. O. zu § 794 I 1a richtig hervorhebt, sehr wohl ein materiellrechtlicher Anspruch, wenigstens der Parteien gegeneinander. Aber auch die gerichtlichen Kosten können Streitgegenstand im Sinne des § 794 CPO. sein. Dies ergeben die Rechtssätze über die Auferlegung der Prozeßkosten m. E. unwiderleglich. Vor allem möchte ich auf § 93 CPO. hinweisen, der geradezu voraussetzt, daß sich der Beklagte gegen die Auferlegung der Prozeßkosten durch diesbezüglichen Antrag und eventuelles Anerbieten von Beweisen wehrt, wenn auch die Stellung eines formellen Antrages nicht erforderlich sein dürfte, da über die Kostenpflicht von Amts wegen zu entscheiden ist. Die andere Partei bleibt ferner auch hinsichtlich der Kostenfrage Gegner, so daß eine streitige Verhandlung bezüglich der Prozeßkosten allein möglich ist.

Daß schließlich der Anspruch des Gerichts d. h. des Fiskus auf Erstattung der ihm erwachsenen Gebühren und Auslagen der Vereinbarung der Parteien derartig unterworfen ist, daß dieselben durch den Vergleich den Schuldner des Gerichts unter den

Parteien wenigstens nach freiem Belieben bestimmen können, ergibt § 98 CPO. Der Fiskus ist demgemäß an die Erklärungen der Parteien in dem Sinne gebunden, daß Schuldner bereits entstandene Gebühren und Auslagen ihm gegenüber in erster Linie allein derjenige ist, der dieselben vergleichsweise übernommen hat, wobei vorausgesetzt wird, daß diese Übernahmeerklärung mindestens durch Mitteilung zur Kenntnis des Prozeßgerichts gelangt ist (§ 86 GKG.). Im Fall des Prozeßvergleiches dürfte wohl eine Mitteilung des Gerichts, welches den Vergleich aufgenommen hat, an das Prozeßgericht genügend sein. Subsidiär bleibt jedoch jede Partei bis zur Hälfte dem Fiskus verhaftet (§ 88 GKG.).

Nach § 86 GKG. scheint es nicht ausgeschlossen, daß sogar ein Dritter durch eine vor dem Gericht abgegebene oder durch eine demselben mitgeteilte Erklärung die Kosten eines Prozesses übernehmen könnte, ein für den Prozeßvergleich zwischen einer Partei und einem Dritten praktischer Fall! Doch ist mir dies im Hinblick auf § 88 GKG. zweifelhaft, da dieser Paragraph ausdrücklich, bezugnehmend auf die Fälle des § 86, nur von „Parteien" als Kostenschuldnern spricht.

Wie jeder zivilrechtliche Vertrag, so kann auch der Prozeßvergleich unter Bedingungen und Zeitbestimmungen abgeschlossen werden. Es ist nicht nur ein Verdienst Kretzschmars, diese Frage überhaupt zuerst erörtert, sondern sie auch im allgemeinen bejaht zu haben, indem er mit Recht den Prozeßvergleich dem Urteil als dem Wesen nach verschieden gegenüberstellt. Nur sehe ich keinen Grund ein, weshalb eine Resolutivbestimmung nicht zulässig sein sollte. Kretzschmar führt ganz richtig aus, daß es nach dem geltenden Rechte als ausgeschlossen erscheinen muß, daß der durch den Vergleich formell abgeschlossene Prozeß durch Eintritt der Resolutivbedingung wieder abhängig gemacht werden könnte. Die Folge hiervon ist doch aber logisch nur die, daß die Resolutivbedingung dies nicht vermag, nicht aber, daß ihre Hinzufügung unzulässig wäre. Es ist nur richtig, daß, soweit ein Wiederaufleben des Prozesses seitens der Parteien bezweckt ist, dieser Zweck gesetzlich nicht erreichbar ist. Denn der Prozeß wird als solcher vom Gesetz, insbesondere von der Zivilprozeßordnung,

erschöpfend geregelt. Als solche muß diese die prozeßeinleitenden, fortführenden und beendenden Akte bezeichnen. Schreibt das Gesetz dem Prozeßvergleich unter Umständen prozeßbeendende Kraft zu, so kann es niemand daran hindern, auch wenn der Vergleich im wesentlichen ein Vertrag des Zwilrechtes bleiben sollte. Andererseits bestimmt es nicht, daß durch Eintritt einer Resolutivbedingung der Prozeß wieder anhängig werden könnte, nachdem er zuvor vollkommen aufgehört hat zu existieren. Denn ein unter einer Resolutivbedingung (oder Endtermin) abgeschlossener Vergleich bleibt nach der jetzigen Regelung durch das B.GB. ein vollkommen gültiger, wirksamer und sonach auch unter Umständen vollstreckbarer Vergleich, solange die Bedingung und der Endtermin noch nicht eingetreten sind.[1])

Die Prozeßbeendigung knüpft sich also an ihn als notwendige Folge desselben (s. unten Seite 131 fg.). Ein Parteiwille, den Prozeß wieder aufleben zu lassen, kann aber für den Prozeß nur maßgebend sein, wenn das Gesetz den erneuten Prozeßbeginn ausdrücklich diesem Parteiwillen unterwirft. Das hat es nicht getan. Wir kennen überhaupt keinen Prozeß, der eine Zeitlang gänzlich aufgehört hätte zu existieren, um dann plötzlich wieder derartig und zwar gleich in der Lage zu beginnen, wo er aufgehört hatte.

Die Meinung, daß ein Prozeß durch Resolutivbedingung, Endtermin oder gar durch gegenteiligen, den Prozeßvergleich durch

---

[1]) Vgl. 158 B.GB. „mit diesem Zeitpunkt!" Da übrigens dieser Paragraph ausdrücklich nur von den Wirkungen des Rechtsgeschäftes als solchen spricht, die im Falle des Eintritts einer Resolutivbedingung erlöschen sollen, so erübrigt sich die Frage, ob man ihm nicht etwa direkten Einfluß auf das Prozeßrecht zuschreiben solle. Denn wenn auch der zivilistisch gültige Vergleich unter Umständen prozessuale Wirkungen hat, so machen ihn diese allein zugleich zur Prozeßhandlung, wie wir gesehen haben resp. noch sehen werden. Wir haben daher zu unterscheiden die Wirkungen des Vergleiches als Rechtsgeschäft und als Prozeßhandlung. Redet nun § 158 lediglich vom Erlöschen der Wirkungen eines Rechtsgeschäftes, so sind durch ihn die Wirkungen, die ein solches durch seinen gleichzeitigen Charakter als Prozeßhandlung gehabt hat, noch nicht alteriert.

mutuus dissensus aufhebenden Vertrag, wieder aufleben könne, muß demnach als nicht zutreffend zurückgewiesen werden.

Dadurch ist aber, wie schon gesagt, die Resolutivbedingung und der Endtermin noch nicht aus dem Prozeßvergleich heraus bewiesen. Wie der Inhalt auf Grund gerichtlicher oder notarieller Beurkundung geschlossenen, vollstreckbaren Vertrages nach seinem Abschlusse verändert und der Vertrag selbst später unwirksam gemacht werden kann, so unterliegt auch der Prozeßvergleich diesem privatrechtlichen Bestimmungsrecht der Parteien. Da ferner der Prozeß, solange der Vergleich zu Recht besteht, wenn anders es ein Prozeßvergleich sein will, gegenstandslos geworden ist, so ist er auch formell, wie unten näher auszuführen sein wird, beendet. Daß der Resolutivbedingung eine prozeßrechtliche Bedeutung versagt ist, benimmt ihr nichts von ihrer privatrechtlichen Bedeutung. Die Partei hat ihren Eintritt daher geltend zu machen, wie jede andere Einwendung, welche nach dem Ergehen eines vollstreckbaren Titels entstanden ist.

Die Zulässigkeit der Suspensivbedingung und des Anfangstermins kann nach der hier vertretenen Ansicht keinem Zweifel unterliegen. Hier ist die Wirksamkeit des Prozeßvergleiches selbst in der Schwebe begriffen, somit ist sie auch prozeßrechtlich von Bedeutung. Ihr Eintritt oder Nichteintritt entscheidet über Dasein oder Nichtdasein des Prozesses vom entscheidenden Augenblicke an (vergl. § 158 B.GB.). Ihr Eintritt bezw. Nichteintritt ist vor der Vollstreckung nachzuweisen bezw. durch Urteil festzustellen (über letzteren Punkt s. unten § 12b). Aus dem Erfordernis jedoch, daß der Prozeßvergleich vor dem Gericht abgeschlossen sein muß, zu folgern, daß auch der Eintritt der Bedingung bezw. deren Nichteintritt der unmittelbaren Wahrnehmung des Gerichts zu unterliegen hat, ist m. E. ein Trugschluß (vergl. Kretzschmar a. a. O. Seite 87, 88).

Auch möchte ich mich gegen die Ansicht aussprechen, die eine besondere Art des Prozeßvergleiches als Surrogat der absolutio ab instantia konstruiert. Denn das Gesetz läßt uns nur die Möglichkeiten, daß ein über den Streitgegenstand oder einen Teil desselben geschlossener Prozeßvergleich entweder zivilrechtlich un-

gültig oder wenigstens als Prozeßvergleich ungültig oder schließlich als solcher, d. i. in beider Hinsicht, gültig ist. Nehmen wir nun auch an, was ja, wie bereits erwähnt, Kontroverse ist, daß beim Mangel sogenannter absoluter Prozeßvoraussetzungen auch ein Prozeßvergleich nicht zustande kommen kann, so kann daraus eben nur seine prozeßrechtliche Unerheblichkeit gefolgert werden, vorausgesetzt natürlich, daß er zivilrechtlich gültig bleibt. Stellen wir aber die Behauptung auf, daß in diesem Falle ein Vergleich, welcher nur das Verfahren beilegt und die Kostenfrage regelt, als Surrogat der absolutio ab instantia möglich bleibt (wie Kretzschmar a. a. O. Seite 57 tut), so konstruieren wir in Wahrheit den von Paul vorgeschlagenen, aber, wie bereits dargetan, dem Gesetze nicht entsprechenden Vergleichsbegriff, wonach ein Prozeß durch bloßen hierauf gerichteten Vertrag ohne Rücksicht auf seinen Inhalt beendigt werden kann. Denn der Rechtsstreit wird durch die alleinige Regelung der Kostenfrage inhaltlich noch nicht gegenstandslos gemacht, es sei denn natürlich, daß er nur noch um die Kosten geführt wird. Den letztgenannten Spezialfall meint aber Kretzschmar nicht, wie die allgemeine Fassung seiner Behauptung beweist.

Daß ein bevollmächtigter Vertreter genau dieselbe Dispositionsbefugnis hinsichtlich Streitgegenstand und anderer Vermögensrechte der Parteien hat, wie diese selbst bezw. ihre gesetzlichen Vertreter, ergeben die verschiedenartigen Möglichkeiten des Inhaltes eines Prozeßvergleiches in Verbindung mit der uneingeschränkten Vorschrift des § 81 ZPO., es müßte denn nach Zivilrecht die betreffende Erklärung nicht durch einen gewillkürten Vertreter abgegeben werden können.

Der in der Praxis so beliebte Vorbehalt eines Widerrufsrechtes seitens einer oder beider Parteien beim Abschluß eines Prozeßvergleiches bedeutet im Zweifel die Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung. Im übrigen ist dasselbe ganz nach den oben ausgeführten Grundsätzen zu beurteilen.

Schließlich möchte ich noch hervorheben, daß durch Einfügen neuer, insbesondere höherer Ansprüche in den Prozeßvergleich der Wert des Streitgegenstandes keinesfalls geändert wird. Die Ge-

bühr für den Vergleich ist somit darnach zu berechnen, inwieweit der Streitgegenstand durch den Prozeßvergleich wirklich erledigt wird (vergl. Gaupp-Stein a. a. O. zu § 794 Note 12 und die daselbst angeführten Entscheidungen).

## § 10.

### C. Wirkungen des Prozeßvergleiches.

#### a) Die Vollstreckungswirkung.

Dieselbe ist natürlich ganz nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Soweit im Prozeßvergleiche zur Zwangsvollstreckung geeignete Ansprüche festgestellt sind, soweit ist er vollstreckbar.

Die Worte „die Zwangsvollstreckung findet ferner statt" rechtfertigen die Anwendung der hierüber von der Zivilprozeßordnung festgesetzten Normen, soweit diese sich nicht ausdrücklich auf das Urteil allein beziehen. Hieraus folgt insbesondere, daß der Prozeßvergleich die richterlichen Strafandrohungen der §§ 890 und eventuell auch 888 CPO. nicht schon zu enthalten vermag und es sich in ihm höchstens um vertragsmäßig festgesetzte Konventionalstrafen handeln kann.[1]) In diesen Fällen ist daher ein besonderer Beschluß zu erlassen. Ferner wird dadurch auch der Kontroverse über die Anwendbarkeit des § 894 der Boden entzogen. Hier wird nur vom Urteil speziell gesprochen, und die andere Voraussetzung dieses Paragraphen, daß dieser vollstreckbare Titel sogar Rechtskraft erlangt haben muß, ehe die Fiktion der abgegebenen Willenserklärung Platz greifen kann, bildet noch den zweiten Grund dafür, daß dieser Paragraph auf den Vergleich nicht angewendet werden kann. Diese Art der Beweisführung ist m. E. allein zwingend.[2]) Von der Erwägung, es sei im Falle des § 894 überhaupt keine Zwangsvollstreckung vorhanden, auszugehen, beruht

[1]) Vgl. OLG. Breslau vom 17. Dezember 1902 i. Rechtspr. d. OLG. Bd. 6, S. 142.

[2]) Ähnlich auch Förster I in: Das Recht, Bd. 7, S. 260 gegen OLG. Dresden vom 13. Januar 1903 daselbst S. 183; gegen Förster: Kretzschmar, daselbst S. 357, von der Gleichstellung des Prozeßvergleiches mit einem rechtskräftigen Urteile ausgehend.

auf der Beweisführung mittels eines Begriffes, der doch nicht so scharf umrissen ist, als daß man darauf festen Fuß fassen könne (vergl. insbesondere hierüber Kohler, Archiv für zivilist. Praxis, Bd. 80, Seite 286, 287, und neuestens Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900, Seite 457, 478).

Im Gegensatz zu den vollstreckbaren Urkunden des § 794 Nr. 5 kann die Vollstreckung aus einem Prozeßvergleiche gleichzeitig mit der Zustellung desselben erfolgen (§ 798 CPO.), insoweit ist er einem vorläufig vollstreckbaren Urteile aus naheliegenden Gründen gleichgestellt.

Hervorzuheben ist noch, daß auch für und gegen den am Vergleichsabschlusse beteiligten Dritten vollstreckt werden kann. Ja, da dem Vergleiche ganz allgemeine Vollstreckbarkeit verliehen, dieselbe aber nicht auf die vertragschließenden Parteien beschränkt ist, so ist nicht abzusehen, warum ein Dritter, zu dessen Gunsten der Prozeßvergleich geschlossen ist, ohne daß er an seinem Abschlusse teilnimmt, aus ihm nicht vollstrecken lassen könnte, vorausgesetzt natürlich, daß er unmittelbar aus ihm an sich vollstreckbare Rechte erworben hat.

Dem Prozeßvergleiche kommen alle Wirkungen eines vollstreckbaren Titels zu. Den Titel selbst bildet der Teil des Sitzungsprotokolls, der den Vergleich enthält. Zur Ermöglichung der Vollstreckung müssen darin auch die Parteien mit Wohnungsangabe, Prozeßbevollmächtigte, Gericht u. s. w. genau angegeben sein. Daß jedoch das gesamte Protokoll, womöglich mit allen darin enthaltenen Beweisaufnahmen, als Grundlage der Zwangsvollstreckung zu dienen habe, ist nicht gesagt. Denn Vollstreckungstitel ist nicht das Sitzungsprotokoll, sondern nur der protokollierte Vergleich, also dieser Teil desselben. Und warum sollten, reichsgesetzlich wenigstens, nicht Ausfertigungen von Teilen eines Sitzungsprotokolles zulässig sein? Über Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung siehe unten (Seite 143 fg.). Vollstreckungstitel ist nur der Vergleich vor einem deutschen Gerichte, also der im Inlande zur Erledigung eines inländischen Prozesses abgeschlossene Vergleich. Auch kann er nur im Inlande vollstreckt werden; ebenso wie eine Zwangsvollstreckung aus nach Landesrecht voll-

streckbaren Vergleichen nur für den betreffenden Bundesstaat zulässig ist (vergl. § 801 CPO.).

Der Prozeßvergleich oder vielmehr das Sitzungsprotokoll, welches ihn enthält, stellt sonach eine gerichtliche Urkunde im wahren Sinne des Wortes dar. Die vollstreckbare Ausfertigung ist daher vom Gerichtsschreiber des Gerichtes zu erteilen, vor welchem der Vergleich abgeschlossen ist. Den Begriff der gerichtlichen Urkunden beschränkt interpretieren zu wollen, ist m. E. nach dem Gesetze nicht zulässig.[1])

Übrigens sei erwähnt, daß das Gericht die Vollstreckbarkeit eines Vergleiches jederzeit illusorisch machen kann, sobald es die Protokollierung desselben ablehnt, denn das Gericht ist nur verpflichtet, Vergleiche im Sinne des § 160 Nr. 1 zu protokollieren.

Vermerkt es nun andererseits im Sitzungsprotokolle:

„Die Parteien schlossen zur Beilegung des Rechtsstreites folgenden Vergleich",

so können wir mit Sicherheit darauf schließen, daß das Gericht den betreffenden Vergleich für einen Prozeßvergleich hält. Durch die Protokollierungspflicht des Gerichtes wird gewissermaßen eine Kontrolle ausgeübt über den Umstand, ob ein von den Parteien vor Gericht geschlossener Vergleich ein Prozeßvergleich ist oder nicht. Dies ist praktisch wichtig für den Umfang der Kognition

[1]) A. A. vor allem Falkmann, a. a. O. S. 30 fg. Seine Gegengründe entnimmt er hauptsächlich aus der vermeintlichen „Gegenüberstellung" des § 794, sowie aus den Motiven (S. 420). Daß § 794 die Urkunden dem Prozeßvergleich nicht als etwas ganz anderes gegenüberstellt, ist aber meines Erachtens ohne weiteres ersichtlich. Es handelt sich hier um eine bloße Aufzählung. Zur Beantwortung der Frage, inwieweit der Begriff der vollstreckbaren Urkunden sich erstreckt, ist der § 794 wohl ebensowenig geeignet, als § 81 zur Beantwortung der Frage, ob der Prozeßvergleich Prozeßverhandlung sei oder nicht. Aber auch die Motive sprechen selbst, wenn man ihnen Wert beimißt, nicht dagegen. Sie meinen nur, das Gesetz wolle durch § 797 die Urkunden treffen, rücksichtlich deren es an einem Prozeßgericht noch fehle. Damit ist nicht gesagt, daß sie den Prozeßvergleich überhaupt nicht zu den gerichtlichen Urkunden rechneten, eher im Gegenteil! Daß nun aber der § 797 allgemeiner abgefaßt ist, als es vielleicht beabsichtigt war (und das müssen sonach die Verfasser der Motive selbst zugeben), kann uns in der Gesetzesauslegung nicht unschlüssig machen.

des Gerichtsschreibers bei Erteilung der Vollstreckungsklausel.[1]) Denn somit stellt sich die Sache praktisch nicht anders dar, wie beim Urteil und die von Paul Seite 79 fg. geltend gemachten Bedenken sind haltlos. Da ferner das Gericht nur einen Prozeßvergleich als solchen zu protokollieren hat, wenn er den Erfordernissen des § 160 bezw. § 794 CPO. entspricht, so kann es von den Vertragsschließenden auch die Unterlagen verlangen und kann auf deren Ersuchen die Prozeßakten beiziehen oder entsprechende Anfragen ans Prozeßgericht richten, welchen Maßnahmen nach der Zivilprozeßordnung kein Hindernis entgegensteht. Auch insofern sind die praktischen Bedenken mancher Schriftsteller m. E. nicht stichhaltig. Natürlich kann dies unter Umständen Unbequemlichkeiten für die Behörden herbeiführen, doch wird dies durch die Tendenz des Gesetzes, die Vergleiche zu begünstigen, herbeigeführt. Es ist also kein wirklicher Grund vorhanden, durch Auslegung die Bestimmungen des Gesetzes zu beseitigen.

### b) Die prozeßbeendigende Wirkung des Prozeßvergleiches.

Wir haben gesehen, daß man bei der Auslegung der Worte „Beseitigung", „Beilegung" des Rechtsstreites sehr vorsichtig verfahren ist und mit gutem Grunde daraus auf eine formelle Beendigung des Prozesses noch nicht geschlossen hat. Wir haben auch gesehen, daß sich die Worte tatsächlich zunächst nur auf das materielle Verhältnis beziehen und für die formelle Prozeßbeendigung noch keinen zwingenden Schluß zulassen. Trotzdem ist es nach dem deutschen Sprachgebrauch nicht ausgeschlossen, daß sich die Worte auch auf die formelle Wirkung beziehen könnten. Zumal das Wort „Beseitigung" legt dies sehr nahe und neigt schon ziemlich stark auf die Seite der formellen Prozeßbedingung hin. Genügen würde jedoch allein das Wort „Beendigung des

[1]) Theoretisch bleibt er natürlich selbständig zur Prüfung berechtigt und verpflichtet, und das Wort „Vergleich" im Sitzungsprotokoll hat formell keine bindende Wirkung, ebenso wie das Fehlen des Wortes im Sitzungsprotokoll gleichgültig ist. (Vgl. OLG. Karlsruhe vom 9. Oktober 1902 in Rechtsprechung der OLG., Bd. 6, 8).

Rechtsstreites". Darüber ist man sich auch in der Litteratur so ziemlich einig; nur hat man die Bestimmung, die dieses besagt, nicht gefunden, so daß es bei der oben näher besprochenen Kontroverse verblieben ist.

Und trotzdem existiert meiner Ansicht nach eine solche, wenn sie auch bisher nirgends, selbst nicht bei Aufzählungen der Bestimmungen, die überhaupt vom Vergleiche reden, erwähnt wird. Man scheint sie für sehr unwesentlich zu halten, obwohl sie m. E. die Ansicht der Schriftsteller der ersten Gruppe widerlegt. Ich meine § 93 des Gerichtskostengesetzes. Derselbe lautet:

Die Gebühren und Auslagen werden fällig, sobald das Verfahren oder die Instanz durch unbedingte Entscheidung über die Kosten, durch Vergleich oder Zurücknahme oder anderweite Erledigung beendigt ist.

Dieser Paragraph spricht also aus, daß durch einen Vergleich das Verfahren oder die Instanz beendigt wird.[1]) Allerdings ist die notwendige Folgerung aus diesem Paragraphen nur die, daß der Vergleich mindestens die Instanz beendet.

Hinsichtlich des Begriffes der Instanz möchte ich auf die von Wach in seinem Handbuch des Zivilprozesses (Seite 392) aufgestellte Definition verweisen. Sie lautet:

Instanz ist das Gesamtverfahren zwecks Erledigung der Sache vor dem Instanzgericht.

Letzteres ist das Gericht, das sich mit der Sache zuerst oder auf Berufung oder Revision hin beschäftigt.

Wichtig ist für uns der Ausdruck „Gesamtverfahren". Er besagt, daß das Wort Instanz in sich das gesamte Verfahren schließt, welches zur Erledigung einer Sache vor dem Prozeßgerichte nötig oder möglich ist. Daß nach § 93 die Zwangsvollstreckung nicht mit zur Instanz gehört, ergibt der Umstand, daß die Beendigung der Instanz nach § 93 erst die Vollstreckung in die Kosten ermöglicht. Dies widerspricht nicht § 178 CPO.,

[1]) Jedenfalls müssen wir diese Wirkung dem Prozeßvergleiche auf Grund dieser Bestimmung zugestehen; ob auch dem außergerichtlichen Vergleiche, ist an dieser Stelle nicht zu erörtern. (Vgl. übrigens hierzu die interessanten Ausführungen von Meyer in: Das Recht, Bd. 7, S. 426.)

der ausdrücklich seine Anwendbarkeit auf § 176 l. c. beschränkt; auch ergibt der Wortlaut des § 178, daß es sich hier mehr um eine gesetzliche Fiktion, als um eine wirkliche Begriffsbestimmung handeln soll.

Sonach unterscheidet sich der Begriff Instanz vom Begriff Verfahren nur durch den Hinblick des Wortes Instanz auf etwa übergeordnete Gerichte, die dieser Prozeß etwa noch beschäftigen könnte. Ist nun ein solches nicht mehr vorhanden, dann fallen beide Begriffe zusammen. Ist also z. B. die Instanz vorm Revisionsgericht beendet worden, dann ist das Verfahren überhaupt vollständig beendet. Dem steht es aber gleich, wenn eine Devolution aus anderen Gründen nicht möglich ist. Dies ist der Fall des Prozeßvergleiches. Denn Berufung und Revision sind nur möglich gegen Urteile und zwar hauptsächlich Endurteile. Hinsichtlich des Vergleiches folgt demnach aus § 93 GKG., daß er das Verfahren beendet. Verfahren ist das Prozeßverfahren, der Prozeß, der Rechtsstreit im Sinne der Zivilprozeßordnung, wie aus ihr durch viele Beispiele belegt werden kann (Wiederaufnahme des Verfahrens, Unterbrechung des Verfahrens u. s. w.), übrigens auch kaum bestritten sein dürfte. Aus § 93 GKG. folgt somit weiterhin, daß der Prozeß durch Vergleich beendet, d. i. formell zu Ende gebracht wird.

Daß der Prozeß durch Vergleich auch nur teilweise formell beendet werden kann, ist hiermit ohne weiteres gegeben. Insbesondere kann der Prozeßvergleich ausdrücklich die Kostenfrage vom Vergleiche ausnehmen, so daß dann der Prozeß hinsichtlich derselben anhängig bleibt und eine Fälligkeit hinsichtlich der Gebühren und Auslagen erst durch Vergleich über dieselben, oder unbedingte nicht mehr anfechtbare Entscheidung über die Kosten zu Ende gebracht wird.

Daß es übrigens wünschenswert wäre, daß diese so wichtige Wirkung des Prozeßvergleiches auch dort aufgeführt stünde, wo vom Prozeßvergleich speziell geredet wird, soll nicht bestritten werden.

Die Voraussetzung dieser prozeßbeendigenden Wirkung ist ein zivilrechtlich gültiger Vergleich, geschlossen vor einem deutschen

Gerichte zur Beseitigung des Rechtsstreites, der dadurch auch tatsächlich ganz oder teilweise gegenstandslos gemacht, erledigt wird. Daß eine spätere Beseitigung des Vergleiches durch mutuus dissensus oder Eintritt einer Resolutivbedingung bezw. eines Endtermins keinen Einfluß auf seine prozessuale Wirkung haben oder durch ihren Eintritt kein Wiederaufleben des Prozesses bewirken können, ist schon oben besprochen. Ferner ist es klar, daß es im Gegensatze hierzu die obige Anfechtung eines anfechtbaren Vergleiches den Vergleich zu einem von Anfang an nichtigen macht (vergl. § 142 B.GB.) und somit auch von Prozeßbeendigung nicht mehr die Rede sein kann.

Die Rechtsfigur also ist: ein zivilrechtlich gültiges Rechtsgeschäft hat unter besonderen prozessualen Voraussetzungen einen Einfluß auf den Prozeß; insofern stellt dieses Rechtsgeschäft auch prozessualisch erhebliches Handeln dar: es ist zugleich Prozeßhandlung.

Seine prozeßbeendigende Wirkung hat der Vergleich zur Prozeßhandlung erhoben und zwar zu einer sehr wesentlichen. Der Beweis dieser Wirkung ist zugleich der Beweis der Behauptung, daß der Prozeßvergleich Prozeßhandlung sei. Darüber herrscht übrigens kaum Streit; jedenfalls ergibt es der Begriff an sich, daß Prozeßhandlungen zum mindesten Handlungen sind, die auf den Gang des Prozesses in formeller Hinsicht von Einfluß sind (vergl. darüber die Ausführungen oben, vor allem Seite 38 fg.). Voraussetzung dieser prozessualen Wirkung aber ist und bleibt seine zivilrechtliche Gültigkeit.

Die Gegenansicht, die den Prozeßvergleich lediglich für einen prozeßrechtlichen Vertrag hält und die konsequenterweise auch den Satz aufstellte, der Prozeßvergleich könne nur unter den Prozeßparteien geschlossen werden, hat auch schon durch die Novelle, die, wie wir bereits des näheren ausgeführt, Prozeßvergleiche auch zwischen den Parteien und Dritten zuläßt, wenigstens für das jetzige Prozeßrecht schon äußerlich leicht erkennbar den gesetzlichen Rückhalt eingebüßt.

Wie nun ferner jede prozessuale Handlung besondere Gültigkeitsvoraussetzungen hat, also auch die den Prozeß beendende rein

prozessuale Handlung, wie Urteil u. s. w., über deren Vorliegen unter Umständen zu verhandeln und entscheiden ist, so daß dem bereits gültig beendeten Verfahren noch ein dieses feststellendes Verfahren gewissermaßen anhängt, wenn die prozessuale Anfechtung der Gültigkeit solcher prozeßbeendigenden Handlungen nicht etwa besonders geregelt ist, so unterliegt auch das Vorliegen der prozessualen und zivilen Voraussetzungen eines gültigen Prozeßvergleiches solcher Entscheidung. Darüber s. unten § 12b.

Zum Schlusse möge bemerkt werden, daß der Prozeßvergleich, da er den Rechtsstreit ganz oder teilweise „erledigt", die durch die Klagerhebung oder ihr gleichstehende Akte eingetretene Unterbrechung der Verjährung eines Anspruches wieder beseitigt (vergl. § 211 Abs. 1 B.GB.).

## § 11.

### D. Die Legitimation des Nebenintervenienten, des Rechtsvorgängers im Sinne des § 265 CPO. und des Streitgenossen zum Abschlusse eines Prozeßvergleiches.

Klarzustellen ist von vornherein, daß dieselben als Dritte gemäß § 794 Nr. 1 selbständig Prozeßvergleiche abzuschließen imstande sind.

Die Frage ist hier nur die, ob sie unter Umständen auch als Vertreter der materiell berechtigten bezw. verpflichteten Partei auftreten können.

Die Lösung dieser Frage hängt ganz davon ab, ob die Zivilprozeßordnung eine Ausnahme vom materiellen Recht zu Gunsten des Prozeßvergleiches konstatiert hat oder nicht.

Richtig ist, daß man gemäß dem Doppelcharakter des Vergleichs als zivilrechtlicher Vertrag und Prozeßhandlung zu unterscheiden hat, ob die Zivilprozeßordnung einer Person, die durch sie zur Vertretung einer anderen ermächtigt ist, damit nur die Befugnis verleiht, für eine Partei Prozeßhandlungen vorzunehmen, oder ob sie damit eine Vertretung in vollem Umfange des Sinnes dieses Wortes konstatiert resp. fingiert. Schon § 81 CPO. beweist m. E., daß eine Vertretung für den Prozeß unbeschränkte Dispositionsbefugnis über das Vermögen einer Partei zwecks Ab-

schlusses eines Vergleiches gewährt. Aber auch der Gebrauch des Ausdrucks „vertreten" nötigt an sich schon zum Schlusse, daß wir es mit einer allgemeinen Stellvertretung zu tun haben.

Fingiert nun schließlich gar § 265 ZPO., daß für den Prozeß, d. h. z. B. für die andere Partei der Rechtsvorgänger des nach Eintritt der Rechtshängigkeit veräußerten bezw. abgetretenen Streitgegenstandes vollkommen aktiv legitimiert bleibt, so ist damit ausdrücklich gesagt, daß er für den Gegner als der Berechtigte und der Verpflichtete und zwar ganz allein zu gelten hat.[1])

Die Resultate sind daher folgende:

1. Der Nebenintervenient ist in der Zivilprozeßordnung nicht als Vertreter bezeichnet, ist somit auch kein Vertreter der Partei. Kommen auch seine Handlungen der Partei zugute, der er beigetreten ist, eine materielle Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand ist ihm nirgends eingeräumt. Er handelt selbst im Prozesse nur im eigenen Namen, kraft seiner eigenen Rechtsstellung. Es ist aber klar, daß dies im Gesetze gesagt sein müßte, wenn es anders sein sollte. Denn an sich tritt doch im Recht jedes Rechtssubjekt als die Person auf, die sie ist und unter dem Namen, den sie selbst führt. Die Worte „zur Unterstützung beitreten" ergeben daher eine Vertretungsbefugnis absolut nicht; ebensowenig ergibt eine solche das Recht des Nebenintervenienten, Prozeßhandlungen vorzunehmen.

2. Ebenso steht es mit dem streitgenössischen Nebenintervenienten und dem Streitgenossen im Sinne § 61 ZPO.

Da bei diesen im Gesetze noch ausdrücklich betont ist, daß sie als einzelne selbständig nebeneinander stehen, so sind hier jede weiteren Erörterungen überflüssig.

Es sei nur noch erwähnt, daß ein solcher Streitgenosse gegenüber seiner neben ihm stehenden Partei derart als Dritter in Frage kommen kann, als ein zwischen ihm und dem Gegner abgeschlossener Vergleich auch den Streit bezüglich der neben ihm

[1]) Natürlich vorbehaltlich der Ausnahme des § 265, Abs. 3 hinsichtlich der Fälle des originären Rechtserwerbes durch den Rechtsnachfolger. Vgl. zu dieser Frage auch die treffenden Ausführungen von Gaupp-Stein, Erläuterungen zu § 265, IV und V.

stehenden Partei und dem Gegner gegenstandslos machen, beenden kann, indem der besondere Streitgegenstand zwischen diesen in seiner Totalität oder teilweise betroffen wird.

3. Schon oben ist dargetan, daß der Rechtsvorgänger, wenn er auch absolut kein allgemeiner Vertreter des materiell berechtigten Rechtsnachfolgers in dem Sinne ist, daß er durch Vergleich außer über den Streitgegenstand auch sonst über dessen Vermögen disponieren könnte, doch über den Streitgegenstand so disponieren kann, wie eine materiell berechtigte Partei, da er ja als solche zwar nur im Prozesse, aber darin nicht bloß bez. Prozeßhandlungen, sondern vollkommen als den Klaganspruch auf Grund materieller Berechtigung geltend machende Partei aktiv legitimiert bleibt. Die Worte „die Veräußerung bezw. Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß" können logischerweise nur bedeuten: für den Prozeß ist die Veräußerung bezw. Abtretung nicht da. Innerhalb desselben, d. h. auch im Falle eines Prozeßvergleiches, gilt der Zustand vor der Abtretung bezw. Veräußerung, d. h. der Rechtsvorgänger gilt für den Prozeßvergleich als *materiell Berechtigter*.[1])

4. Die weitgehendste Befugnis hat der notwendige Streitgenosse in dem Falle, wenn er im Verhandlungstermin ohne den oder die anderen Streitgenossen erscheint oder dieselben nicht verhandeln.[2]) Hier haben wir den Fall der Vertretung in dem bereits oben dargetanen Sinne. Hier steht also die fleißige Partei *an Stelle* der säumigen da, und diese gesetzliche Fiktion des § 62 ergibt m. E. mit Notwendigkeit auch die materielle Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand, ja über das Vermögen des Vertretenen, soweit ein Vertreter darüber durch Vergleich disponieren kann. Diese Fiktion ist aber keine Konstatierung einer *gesetzlichen* Vertretung, sondern enthält nur eine Gleichstellung mit der ge-

[1]) Ebenso wie er formell allein Partei ist (vgl. hierzu *Hellwig*, Rechtskraft, S. 159).

[2]) Über den Begriff der notwendigen Streitgenossenschaft s. vor allem *Wachenfeld*, Die notwendige Streitgenossenschaft des § 59 CPO. 1894. *Hellmann*, Zur Lehre von der notwendigen Streitgenossenschaft. *Hachenburg*, Die besondere Streitgenossenschaft, Mannheim 1889.

wöhnlichen Stellvertretung. Sonst wäre es keine Fiktion mehr. Zeitlich ist diese Vertretung durch die Säumnis der vertretenen Partei und auf das Handeln in den Terminen beschränkt.

Diese Befugnis des notwendigen Streitgenossen ist selbst in Anbetracht des Umstandes, daß er im Prozesse mit den anderen Streitgenossen materiell in engster Verbindung steht, immerhin eine recht weitgehende. Wenn dies nun auch bei näherer Betrachtung für die Praxis lange nicht so schlimm ist, wie es aussieht (der Anwalt kennt ja die Folgen seiner eventuellen Säumnis, die vertretende Partei bleibt nach innen der vertretenen aus der Geschäftsführung haftbar, die Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft sind nicht sehr häufig u. s. w.), so hat man doch diesen Umstand verwertet, um kraft desselben das Gesetz zu korrigieren. Es besteht daher ein großer Streit der Meinungen über die Befugnisse des notwendigen Streitgenossen, wobei sich drei Hauptansichten feindlich gegenüberstehen.

1. Die einen versagen dem Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich der notwendigen Streitgenossenschaft für die säumige Partei gänzlich die Wirkung, so vor allem Hachenburg und Wachenfeld.

2. Die andern wollen wenigstens den Vergleich, der ja dem Vertreter die weitgehendste Dispositionsbefugnis über das Vermögen des Vertretenen einräumt, ausnehmen, so Kleinfeller in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 35 Seite 326 und Petersen-Anger, Kommentar zu § 62 CPO.

3. Eine große Gruppe von Schriftstellern ist der hier vertretenen Ansicht, z. B. Wolf, Hellmann, Struckmann, Koch und andere mehr.

Die Vertreter der beiden ersten Ansichten arbeiten, von dem Grundprinzipe ausgehend, das auf alle Fälle de lege lata rechtfertigen zu wollen, was sie de lege ferenda für ersprießlicher halten, mit sehr mannigfaltigen und sehr weiten Analogieschlüssen.

Hingegen ist es sehr beachtenswert, daß die Schriftsteller der dritten Gruppe und selbst Kleinfeller als ein der zweiten Gruppe angehöriger Schriftsteller von dem entgegengesetzten Prinzipe ausgehen und sich ihrerseits weitgehender Schlüsse zu enthalten bestrebt sind.

Kleinfeller z. B. sagt:

„Gegenüber der einmal im Gesetz aufgestellten Fiktion sind Wissenschaft und Praxis genötigt, die logischen Folgerungen zu ziehen, die sich aus dem Zweck der Fiktion ergeben. Denn die Fiktion ist kein Gleichnis, sondern eine Willenserklärung mit derselben Kraft wie jede andere Willenserklärung des Gesetzgebers. Wir müssen also die Wirkung der Fiktion voll anerkennen, Geständnis, Anerkenntnis und Verzicht seitens der fleißigen Streitgenossen beendet auch im Falle der besonderen Streitgenossenschaft, da § 62 keinerlei Andeutung darüber enthält, daß das Dispositionsprinzip hier nicht wirke, daß §§ 288, 306, 307 CPO. hier versagen sollen; jene Erklärungen binden aber auch den säumigen Streitgenossen kraft der gesetzlichen Fiktion."

Daß Kleinfeller völlig konsequent seine Grundanschauung durchgeführt hätte, läßt sich allerdings nicht behaupten.

Hingegen möchte ich schließlich zur Bestätigung der hier vertretenen Ansicht nur noch auf die Ausführungen Hellmanns hinweisen, welcher u. a. folgendes gegenüber Hachenburg anführt, der meint, § 62 „wolle" nur den Säumigen vor Säumnis schützen, da die logische Auslegung des Paragraphen seinem Zweck widerspräche:

„Es ist willkürlich, dem Gesetze diesen Schutzzweck zu unterstellen."

Hellmann preist Hachenburgs Ansicht als de lege ferenda sehr gut, fährt aber fort:

„Nur ist damit die sich unmittelbar anschließende Ansicht, es sollte durch § 62 nichts weiter bezweckt werden, als die Versäumnisfolge von dem Ausgebliebenen abzuwehren, durchaus unvereinbar! Die Fiktion der Vertretung muß demnach beim Wort genommen werden. Denn es gibt kein inhaltloses Verhandeln. Die Folgerungen aus diesen Fiktionen können nicht abgelehnt werden!"

Sie bestehen darin, daß die Prozeßhandlungen des fleißigen Streitgenossen durchweg für den säumigen Genossen bindend sind, Anerkenntnis, Verzicht, Geständnis, Vergleich nicht ausgenommen.

Auch Wolf a. a. O. meint:

„Für die beschränkende Auslegung spricht weder Zusammenhang noch Wortlaut des Gesetzes. Man darf hier nicht plötzlich zivilrechtliche Seiten hervorkehren."

## § 12.

### E. Die Anfechtung des Prozeßvergleiches.

#### a) Anfechtbarkeit.

Die Voraussetzungen hierzu haben bereits die bisherigen Erörterungen ergeben. Wir brauchen hier nur nochmals kurz deren Ergebnisse zusammenstellen. Der Prozeßvergleich gehört sowohl dem Zivilrecht als auch dem Prozeßrecht an. Beide stellen für ihn allgemeine bezw. besondere Regeln als Voraussetzungen und Wirkungen auf.

Fehlt eine der im Gesetz bezeichneten Voraussetzungen, so ist er als Prozeßvergleich auf jeden Fall ungültig. Er ist es darum,

1. wenn er schon kraft Zivilrechtes nicht gültig ist, es müßten denn durch das Prozeßrecht besondere, dessen Anwendung in irgend einer Beziehung ausschließende Bestimmungen getroffen sein (vergl. zu letzteren § 54 CPO.).

Ist er nach Zivilrecht anfechtbar, dann macht die gültige Anfechtungserklärung ihn zu einem von Anfang an nichtigen. Wird er dagegen nicht angefochten, dann ist er auch als Prozeßvergleich gültig. Solange ein Schwebezustand besteht, bleiben auch seine prozessualen Wirkungen in der Schwebe. Ebenso ist es bei der aufschiebenden Bedingung und beim Anfangstermin.

Daß die Resolutivbedingung auf die Prozeßbeendigung keinerlei Einfluß hat, ist auch bereits dargetan.

2. Der Prozeßvergleich ist ferner als solcher ungültig, wenn er zwar als zivilrechtlicher Vergleich gültig ist, hingegen einem seiner besonderen prozessualen Erfordernisse nicht entspricht. Er ist somit in beiden Fällen weder vollstreckbar, noch beendet er ganz bezw. teilweise den Prozeß.

Es ist also nicht richtig, wenn Wolf die Prozeßbeendigung nicht von der materiellen Gültigkeit des Prozeßvergleiches abhängig gemacht wissen will, denn es ist oben dargelegt, daß ein Rechts-

institut nur dann „mit Recht" seinen Namen führt, wenn es den rechtlichen Erfordernissen, die zu seinem Begriff notwendig sind, wirklich entspricht, genau so, wie aus einem Toten dadurch kein lebendes Wesen wird, daß wir glauben, wir hätten ein solches statt seiner vor unseren Augen.

### b) Verfahren.

Wir haben schon bei Gelegenheit der Besprechung vor allem der Paul'schen Ansicht vom Prozeßvergleiche dargetan, daß eine Rechtskraftwirkung in irgendwelchem Sinne, sowie etwaige anderweite Beschränkungen seiner Anfechtbarkeit z. B. auf Grund von Konstruktionen eines sogenannten formellen Vergleichsabschlusses, der die Anfechtbarkeit aus materiellen oder formellen Gründen auf die Fälle und das Verfahren der Nichtigkeits- und Restitutionsklage beschränkt, lediglich dem gesetzgeberischen Bedürfnisse der betreffenden Schriftsteller entsprungene, sich mit dem bestehenden Gesetze nicht deckende und daher für seine Auslegung m. E. nicht verwertbare Behauptungen sind.

Hier ist nur noch kurz das positive Ergebnis der hier vertretenen Meinung aufzustellen.

1. Der Prozeß kann fortgesetzt werden. Ist der Vergleich wenigstens zivilrechtlich gültig, dann hat sich nur eine neue materielle Einwendung im Prozesse ergeben. Wird die Ungültigkeit des Prozeßvergleiches bestritten, dann wird hierüber durch Urteil (Zwischen- bezw. Endurteil) entschieden. Dabei kommt für den Fall, daß in demselben der Prozeßvergleich für gültig erklärt wird, die merkwürdige Rechtsfigur heraus, daß der Prozeß eventuell rechtlich schon beendet war und nur zur Konstatierung dieses Umstandes ein besonderes Nachverfahren stattgefunden hat, welches mit logischer Notwendigkeit als durch die Zivilprozeßordnung in jedem Rechtsstreite zugelassen anzusehen ist und somit auch zum Rechtsstreit gehört.[1])

Dies ist übrigens keine allein dastehende Besonderheit. Dasselbe Verfahren haben wir im Falle der Klagrücknahme, wenn

[1]) Vgl. auch O.L.G. Dresden i. Rechtspr. d. O.L.G., Bd. 5, S. 128.

über deren Gültigkeit Streit entsteht. Nur erfreut sich dasselbe hier allgemeiner Anerkennung, da man in diesem Falle sich nicht bemüht hat, das nach der Zivilprozeßordnung in Ermangelung von Sondervorschriften gegebene durch Aufstellung anderer Anfechtungsmittel zu beseitigen (vergl. indes die in allen Punkten treffende Reichsgerichtsentscheidung vom 20. März 1897 Bd. 39, Seite 393, 394).

Zur Annahme dieses Nachverfahrens also, welches sich übrigens immer erst hinterher als solches herausstellt, zwingt uns, ebenso wie im Falle des § 271 Abs. 2 CPO. das Gesetz, doch führt dasselbe dadurch zu keinerlei Schwierigkeiten oder Widersprüchen. Wir haben es hier mit einem gewöhnlichen Fall eines Zwischenstreites zu tun, der über alle Verfahrensstreitigkeiten, somit auch über die Gültigkeit von prozeßbeendigenden Handlungen zulässig ist, soweit nicht für die Anfechtbarkeit solcher Handlungen besondere Bestimmungen getroffen sind (z. B. das Endurteil). Damit ist dieses Verfahren nicht aus dem Prozesse hinausgewiesen, denn es ist ja jedenfalls dann Teil des Prozesses, wenn es die Nichtigkeit des Prozeßvergleiches konstatiert; auch wird dadurch das Verfahren nicht nach rückwärts ungültig, denn gerade auf seiner Gültigkeit beruht die Konstatierung der Prozeßbeendigung.

Das Verfahren ist daher stets Bestandteil des Prozesses und die Kosten desselben sind Kosten des Prozesses.

Kohler, der diese Ansicht zuerst näher beleuchtet hat, spricht sich eben dahin aus. Sobald das Gericht den Vergleich für nicht prozeßbeendeud erklärt, verkündet es Zwischenurteil und der Prozeß geht weiter. Erklärt es den Prozeß für beendet, so ist dies eine Endentscheidung. Diese Endentscheidung ist Endurteil als das letzte Urteil im Verfahren, zum mindestens der Instanz, da es dieselbe vollständig erledigt. Als solches unterliegt es auch der Berufung und Revision. Das Nachverfahren kann also unter Umständen mehrere Instanzen beschäftigen. Praktische Unzuträglichkeiten sind aber damit ebenfalls nicht verknüpft.

Ein ausdrücklicher Verzicht auf prozessuale Mängel des Prozeßvergleiches ist in diesem Nachverfahren möglich.

2. Es kann negative Feststellungsklage erhoben werden für

den Fall, daß der Vergleich zivilrechtlichen Erfordernissen nicht entspricht, insoweit deren Geltung für den Prozeßvergleich durch die Prozeßordnung nicht ausdrücklich aufgehoben ist. Das Rechtsschutzbedürfnis ist durch die Lage des Falles ohne weiteres gegeben. Die Einrede der Rechtshängigkeit kann dem ebensowenig entgegengesetzt werden, wie die der Rechtskraft. Wenn der Kläger auf Grund desselben Anspruchs klagen würde, den er in der ursprünglichen Klage geltend machte, um die Einrede des Prozeßvergleiches replikweise durch die Nichtigkeitsbehauptung zurückzuschlagen, so würde ihm allerdings die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden können.

Doch soll hier nochmals bemerkt werden, daß der Klage auf Grund desselben Anspruchs im Falle des gültigen Prozeßvergleiches über denselben nur die materielle Einwendung des Vergleiches entgegengesetzt werden kann; so wenig befriedigend manchen auch dieses Resultat de lege ferenda erscheinen mag, die Rechtskraft ist gesetzlich nur an Entscheidungen, nicht an Verträge geknüpft.

3. Schließlich ist die Vollstreckungsgegenklage zulässig, anerkanntermaßen, auch wenn die Zwangsvollstreckung selbst noch nicht begonnen hat. Daß die noch nicht vollendete Zwangsvollvollstreckung Voraussetzung ihrer Zulässigkeit sei, ist eine m. E. nicht ganz unbedenkliche Ansicht.[1]) Man kann doch logisch auch selbst

[1]) Auch die neuerdings von Hellwig, Ansprüche und Klagerecht, S. 497 geltend gemachten Beweismomente können mich nicht überzeugen. Durch § 767 ist bestimmt, daß eine Zwangsvollstreckungsmaßregel hinterher aufhebbar ist, da der rechtsfähig gestellte Anspruch, zu dessen Befriedigung sie vorgenommen wurde, aufgehört hat zu existieren. Dies ist die Gesetzeslogik; daß das Urteil noch vollstreckungsfähig sei (Hellwig S. 497) oder Exekutionsimplorant noch einen Vollstreckungsanspruch geltend machen kann (wie Langheinecken, Der Urteilsanspruch, Leipzig 1899, S. 183 feststellt) oder der Gläubiger noch nicht befriedigt ist, ist weder irgend als Voraussetzung aufgeführt, noch meines Erachtens selbstverständlich. Durch § 767 wird der Schuldner gegen ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung unbeschränkt geschützt. Die außerdem behaupteten Voraussetzungen bedeuten meines Erachtens einschränkende Interpretationen, zu deren berechtigter Vornahme man wohl gewichtigere Gründe haben müßte, Gründe, die übrigens ebenso bei jeder einzelnen Vollstreckungsmaßregel gelten würden, die eine teilweise Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen geeignet ist. Vor allem aber scheint mir bei

dann noch gegen die Vollstreckung als etwas bereits Geschehenes Einwendungen erheben mit dem Zielpunkt, die Vollstreckungsmaßregeln im einzelnen oder im ganzen für unzulässig erklären, sie aufheben zu lassen, wenn eine Rückgängigmachung der durch die bereits vorgenommenen Zwangsvollstreckungsmaßregeln hervorgerufenen Folgen nicht mehr möglich ist.

Die Gründe der Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. Januar 1883 (Bd. 8, Seite 270) beweisen mir nicht das Gegenteil. Das Reichsgericht meint: „Von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung könne »füglich« nur dann insoweit die Rede sein, als das Zwangsvollstreckungsverfahren noch schwebt und der Gläubiger noch nicht befriedigt ist. Hat der Schuldner sich die Zwangsvollstreckung gefallen lassen, ohne Einwendungen dagegen vorzubringen und ist der Gläubiger befriedigt, so habe er nun gegen die beendigte Zwangsvollstreckung keine Einwendungen mehr." Bei dieser Behauptung bleibt das Reichsgericht stehen. Es stützt sich wohl einmal auf das Gebot der Logik; hingegen scheint es mir eher möglich, eine Einwendung gegen eine noch nicht einmal existent gewordene Zwangsvollstreckung als etwas Unlogisches zu bezeichnen, als eine Einwendung gegen eine beendete Zwangsvollstreckung, die sich eben nur aus einzelnen Vollstreckungsmaßregeln zusammensetzt, gegen die protestieren, auch nach ihrem Erfolg, mir nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 769 CPO. freisteht. Der Begriff der „beendeten Zwangsvollstreckung" kann m. E. aber auch sonst aus dem Gesetze nicht entnommen werden.[1])

---

fast allen Schriftstellern die Vorstellung vorzuliegen, als ob die noch nicht beendete Zwangsvollstreckung eine logische Voraussetzung der Anwendung des § 767 sei. Dies halte ich nicht für richtig; insbesondere dürfte es nicht zutreffend sein, wenn man behauptet, die Vollstreckungsgegenklage habe dann keinen Sinn mehr (s. Seuffert, Kommentar Bd. II, S. 389).

[1]) Auch praktisch dürfte es oft gar nicht so leicht sein, den Zeitpunkt festzustellen, mit dem die Zwangsvollstreckung beendet ist oder nicht. Für den Gläubiger ist es wohl bisweilen hart, eine Vollstreckungsgegenklage beliebig lange über sich ergehen lassen zu müssen, andererseits aber ist zu bedenken, daß der Schuldner durch Abschneiden der Vollstreckungsgegenklage unter Umständen trotz der Bereicherungsklage, die ihm noch zusteht, einen Rechtsverlust erleiden könnte, und daß deshalb zum mindesten der kritische Zeitpunkt gesetzlich und zwar genauer fixiert werden mußte.

Kann man doch wohl ebensogut sagen: Solange dem Schuldner Einwendungen zustehen, ist die Zwangsvollstreckung noch nicht vollendet. Ferner ist der Satz des Reichsgerichts sehr bedenklich: hat der Schuldner sich die Vollstreckung „gefallen gelassen". Als ob darin stets eine Zustimmung zur Zwangsvollstreckung läge, wenn ein Schuldner seine Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung erst nach Auszahlung des Versteigerungserlöses oder des gepfändeten Geldes an den Gläubiger zu erheben in der Lage gewesen ist. Man kann sich wohl Fälle denken, wo ein Verschulden des Schuldners an der Verzögerung nicht vorliegt.

Daß das Ziel der Vollstreckungsgegenklage ein rein prozessuales ist, wird damit nicht bestritten; ich kann mich in dieser Beziehung ganz den Ausführungen Kretzschmars a. a. O., Seite 93 fg. anschließen.

Der Antrag ist also primär auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung gerichtet, wenn auch das Klagbegehren sich auf Anerkennung des Nichtbestehens eines materiellen Rechtes trotz vollstreckbaren Titels hiefür richtet. Einwendungen, das sind hier Angriffspunkte, sind unbeschränkt zulässig, denn § 797 begreift, wie oben dargelegt, auch den Prozeßvergleich mit in sich. Es sind dies Einwendungen, welche die Gültigkeit des Prozeßvergleiches selbst betreffen, da dies allein der Anspruch ist, auf Grund dessen vollstreckt wird. Einwendungen aus dem diesem Vergleiche zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse sind nur insoweit zulässig, als sie auch den Vergleich bezw. seine Gültigkeit berühren.

## § 13.

### F. Abänderlichkeit des Prozeßvergleiches.

Der Prozeßvergleich kann natürlich hinterher auch vertragsmäßig beseitigt und geändert werden, wie jeder zivilrechtliche Vertrag. Daß dadurch die gültige Prozeßbeendigung nicht im mindesten berührt wird, ist schon mehrfach erwähnt worden. Insbesondere ist dies die Folge des Satzes, daß es den Parteien nicht möglich ist, durch Vertrag den früheren rechtsgültig geschlossenen Vertrag von Anfang an nichtig zu machen. Trotzdem ist die Ansicht weit

verbreitet, daß man durch mutuus dissensus die prozessualen Wirkungen des Prozeßvergleiches wieder rückgängig machen könne. (So Kohler bei Busch Bd. 29, Seite 41, 44 fg.) Aber wir haben gesehen: Mit dem Abschlusse des gültigen Prozeßvergleiches ist der Prozeß tot. Der Rücktritt, der Aufhebungsvertrag, die Resolutivbedingung können nur den zivilrechtlichen Vertrag mit obligatorischer bezw. dinglicher Wirkung beseitigen. Es fehlt uns jedoch der Rechtssatz für den erneuten Prozeßbeginn, durch derartige Rechtsgeschäfte; das Erlöschen der zivilrechtlichen Wirkungen ex nunc kann dies allein keinesfalls bewirken, ebenso wie wir gesehen haben, daß das materielle Gegenstandslosmachen eines Prozesses allein noch nicht zur formellen Prozeßbeendigung hinreicht (vergl. z. B. das bei der Besprechung der Kohler'schen Ansicht Gesagte), sondern daß nur der positive Prozeßrechtssatz dies zu bewirken imstande ist.

Selbst wenn wir der Ansicht sein sollten, es könne der Parteiabsicht beim Abschluß, z. B. eines schuldaufhebenden Vertrages, freistehen, die Wirkungen des aufgehobenen an sich gültig abgeschlossenen Rechtsgeschäftes, nach rückwärts hin mit dinglicher Wirkung, zu beseitigen, so kann dies nur den Wert einer vertragsmäßigen Fiktion haben; denn die Tatsache steht fest und ist allein für das Prozeßrecht maßgebend: Der Prozeßvergleich ist einmal gültig zustande gekommen. Es ist m. E. nicht zutreffend, wenn man behauptet, daß die Wirkung eines jeden Rechtsgeschäftes gewissermaßen von der condicio iuris des Nichteintritts seiner hinterherigen Aufhebung abhängig sei, mithin solange, d. h. für die Ewigkeit, in der Schwebe bleibe. Die Hauptsache ist aber auch hier wieder, daß ein derartiger Rechtssatz nicht existiert. Das Recht hat allein die Tatsachen, auf Grund deren Rechtsgeschäfte zustande kommen, erlöschen und von Anfang an als nichtig gelten sollen, zu bestimmen. Dieser Verpflichtung ist das bürgerliche Gesetzbuch nachgekommen. Obiger Rechtssatz ist aber darin nicht vorhanden. Das Prinzip der Parteivereinbarung kann dagegen nicht ankämpfen; die Parteien könnten wohl im Vergleiche selbst eine Abmachung treffen, wonach die Wirkung desselben in der Schwebe bleiben soll, bis z. B. ein schuldaufhebender Vertrag geschlossen wird, sie können

aber logischerweise nicht hinterher die bereits eingetretene Rechtsfolge durch Vereinbarung von Anfang an nicht eingetreten machen. Eine derartige Vereinbarung könnte, wie gesagt, höchstens nur den Wert einer Fiktion der Parteien besitzen („wir wollen es so ansehen"); dieselbe ist aber für das Prozeßrecht ohne Belang, da die Rechtsfolge des Vergleiches in Wirklichkeit einmal existent war, und der Prozeß dadurch aufgehört hat zu existieren.

Der mutuus dissensus der Parteien müßte demnach die Wirkung des Prozeßbeginnes haben, und diese ist ihm gesetzlich nicht eingeräumt, was übrigens m. E. im Interesse der definitiven Erledigung der Prozesse ein Vorteil ist.

Leider haben wir keine Bestimmung parallel § 323 CPO., wonach einseitig von einer Partei bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse im Falle einer vergleichsweisen Verpflichtung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen eine entsprechende Änderung des Prozeßvergleiches wenigstens für die Zukunft verlangt werden könnte. Solange uns also das Zivilrecht in solchen Fällen keine Handhabe verleiht, sind wir zu einer analogen Anwendung dieses Paragraphen nicht berechtigt. Ist daher z. B. ein Alimentsschuldner zur Zahlung von 100 M. monatlich an sein außereheliches Kind bis zum vollendeten 16. Lebensjahre verurteilt, und mehren sich die Bedürfnisse des Kindes mit dem zunehmenden Alter oder durch eine dauernde Krankheit, dann kann es nach § 323 l. c. eine Abänderung des Urteils zu seinen Gunsten verlangen. Hingegen kann ein Vergleich, insbesondere ein Prozeßvergleich desselben Inhalts mangels eines in demselben enthalteuen besonderen Vorbehaltes aus obigem Grunde allein nicht angefochten werden, was unter Umständen eine ziemliche Härte mit sich bringen kann. Doch muß man auch andererseits bedenken, daß hier die Partei ihr eigener Richter sein muß, und der Vergleich von der andern Partei gerade nur deshalb eingegangen worden ist, weil dadurch eine Bestimmtheit des Anspruchs geschaffen und seinem möglichen späteren Anwachsen gerade durch den Vergleich vorgebeugt werden soll.

Daß hierbei übrigens auch die Bestimmungen über unsittliche Verträge, sowie über die Auslegung nach Treu und Glauben mit

Rücksicht auf die Verkehrssitte, welchen der Prozeßvergleich als zivilrechtlicher Vertrag unterworfen ist, eine mildernde Rolle spielen können und werden, ist m. E. klar.

## § 14.

### Schlußbestimmungen.

#### Erwägungen de lege ferenda.

Ergibt die Regelung des Prozeßvergleiches im Gesetzesrecht einen zivilrechtlichen Vertrag, der unter gewissen Voraussetzungen zugleich von prozeßrechtlicher Bedeutung, somit also gleichzeitig Prozeßhandlung ist, so bleibt der Grundton, auf den dieselbe gestimmt ist, doch immer der Vergleich des Zivilrechts. Seine zivilistische Gültigkeit ist Voraussetzung der prozessualen Wirkung; selbst seine Gültigkeit vorausgesetzt, gibt er doch nicht der durch ihn erledigten Rechtssache die feste unabänderliche Basis, die man einem Prozeßvergleich wohl wünschen möchte, wenn auch die praktische Bedeutung dieser Frage — und das liegt im psychologischen Momente, welches dem Vergleichsabschluß seitens der Parteien zu Grunde liegt — viel geringer ist, als man gewöhnlich zugibt. Ja wir haben gesehen, daß man in demselben Verfahren über seine Gültigkeit streiten kann.

Es ist richtig, daß es eine recht mißliche Sache ist, die Gültigkeit einer Prozeßhandlung von dem feinen und komplizierten Apparat aller zivilistischen Gültigkeitsvoraussetzungen abhängig zu machen. Das Richtige ist hier, zumal bei prozeßschließenden Akten, an sein äußeres Dasein vorläufig die Wirkung zu binden und die Anfechtung nicht nur zu erschweren, sondern auch in ein ganz besonderes Verfahren zu verweisen, sowie dies beim Endurteil tatsächlich geschehen ist.

Die Ausführungen Pauls sind also größtenteils de lege ferenda nur zu billigen, wenn vielleicht auch die vollkommene Gleichstellung des Prozeßvergleiches mit einem rechtskräftigen Endurteil etwas zu weitgehend erscheinen dürfte.

Auch für die Vollkommenheit der gegenwärtigen Regelung des Prozeßvergleiches im Gesetze hat man eine Lanze gebrochen

und es ist nicht von der Hand zu weisen, daß als Parteivertrag die Anfechtungsmöglichkeit eine nicht allzu beschränkte sein darf, hingegen das Verfahren auf jeden Fall vom Prozeß selbst getrennt werden muß.

Was zunächst die zivilrechtliche Seite des Prozeßvergleiches anlangt, so möchte ich hier nur kurz folgendes hervorheben.

1. Es ist vom Gesetz sehr viel verlangt, wenn die Unsicherheit des Gläubigers über die Verwirklichungsmöglichkeit seines Anspruchs durch den Vergleich gänzlich beseitigt werden soll. Eine Gewährung von Ratenzahlungen z. B. kann doch unmöglich stets dem Gläubiger völlige Gewißheit darüber verschaffen, daß er zu seinem Gelde komme. Hier wäre eine milde Ausdrucksweise (z. B. des Inhalts: die Verwirklichung des Anspruchs wird ihm wahrscheinlicher) mehr am Platze gewesen.

2. Es wäre erwünscht, daß die Worte „zu Grunde gelegter Sachverhalt" dahin verdeutlicht würden, daß es sich hier um eine aus dem Inhalte des Vergleiches hervorgehende Voraussetzung irgend welcher Art handelt. Obwohl schließlich logisch dieser Ausdruck eine ebendahingehende Auslegung zu erfahren hat, so verführt er doch m. E. zu leicht zu einer beschränkten Interpretation, indem man gern damit, wenn auch wohl nicht gerechtfertigterweise, die Vorstellung verbindet, als ob es sich hierbei nur um den Tatbestand handeln könne, der das dem Vergleich zu Grunde liegende Rechtsverhältnis bildet.

3. Ferner hätte man gut getan, Bestimmungen zu treffen hinsichtlich der Frage, ob es erforderlich ist, daß die Parteien sich über das Bestehen eines bestimmten Sachverhaltes einigen, oder ob sie beide unabhängig voneinander die Meinung von dem Bestehen desselben haben können, oder ob es schließlich genügt, wenn eine von ihnen den Sachverhalt zur Voraussetzung des Vergleiches macht, die andere, da jener Vertragsinhalt ist, hiervon weiß, aber der Wahrheit oder Nichtwahrheit der Tatsache gleichgültig gegenübersteht?

Wie schon oben ausgeführt, genügt das letztgenannte. Es ist eine m. E. nicht ganz zutreffende Ansicht, daß der Vertragsinhalt nur Punkte enthalten müsse, über welche die Parteien sich

bewußt geeinigt hätten. Die Einigung bezieht sich im Vertrage notwendigerweise nur auf das rechtsgeschäftlich Essentielle; allein dadurch erhält er seinen Namen; die Wahrheit anderweit darin erwähnter Tatsachen braucht nicht Gegenstand des Einverständnisses der Parteien zu sein. Trotzdem sind sie Inhalt der Parteierklärungen und somit des Vertrages, genau so, wie in einem Testamente Tatsachen erwähnt sein können, die keine letztwillige Verfügung enthalten, jedoch ganz unbestritten Teil des Testamentes und für seine Anfechtbarkeit unter Umständen sehr erheblich sind. Wir können also hier doch vielleicht von einem klaren technischen Sprachgebrauche reden. Der Sinn der Worte „Inhalt des Vertrages" ist also ein weiterer, als man gewöhnlich annimmt. Die Worte „nach dem Inhalt des Vertrages zu Grunde gelegte Sachverhalt" lassen mithin die Frage offen, ob derselbe seitens beider Parteien oder nur einer Partei zu Grunde gelegt[1]) wurde und mit Notwendigkeit nur den Schluß zu, daß die eine Partei mindestens gewußt haben muß, daß die andere den betreffenden Sachverhalt dem Vergleichsschlusse zu Grunde legt, da ja der Sachverhalt Inhalt des Vertrages, d. h. der Erklärungen bilden muß. Weil nun das Gesetz nicht näher spezialisiert, müssen wir beide Möglichkeiten als von ihm gegeben anerkennen. Trotzdem dürfte man kaum fehlgehen, wenn man diesen Punkt mit Sicherheit als einen Gegenstand zukünftiger Kontroversen betrachtet; es hätte sich darum empfohlen, den Punkt im Gesetz genauer zu regeln.[2])

4. Bei der Betrachtung des zivilrechtlichen Vergleiches ist schließlich bereits die Härte zu veranschaulichen versucht worden, die in dem Erfordernis für seine Anfechtbarkeit liegt, der Streit, die Unsicherheit oder die Ungewißheit solle bei Kenntnis der Sachlage gar nicht entstanden sein. Auch wurde hier ein Beispiel (oben Seite 106) angeführt, welches sich durch zahlreiche andere vermehren ließe. M. E. würde es genügend sein, wenn der An-

---

[1]) Siehe hierzu oben S. 104.

[2]) Zu weit geht meines Erachtens die Entscheidung des LG. Dresden (s. oben S. 104).

fechtende nachwiese, daß der Vergleich bei Kenntnis der Sachlage nicht zustande gekommen sein würde.

5. Betreffs der zu erstrebenden Regelung des Prozeßvergleiches im speziellen möchte ich mich im Prinzip der Paul'schen Ansicht anschließen. Es hat gemäß der praktischen Erfahrung sehr viel für sich, den Prozeßvergleich zu einer vertragsmäßigen Beendigung des Prozesses zu machen, ihn also vom Begriffe des Zivilrechtes loszulösen, dafür seine Anfechtbarkeit, zumal hinsichtlich seiner prozeßbeendenden Wirkung, zu erschweren, vor allem die Feststellung dieser letztgenannten Wirkung in ein besonderes Verfahren zu verweisen. Natürlich hat man dann dabei stehen zu bleiben, daß er nur inter partes abgeschlossen werden kann. Für seine materielle Rechtskraftswirkung sagt dies noch nichts.

Hingegen sind mir die Nachteile zu wenig einleuchtend, die daraus entspringen sollen, daß der Prozeßvergleich vor jedem deutschen Prozeßgerichte abgeschlossen werden kann. Die jetzige gesetzliche Regelung läßt sich wohl schon allein mit Rücksicht darauf rechtfertigen, daß man den Abschlüssen von Vergleichen gesetzlich auf jede Weise entgegenzukommen hat.

Bedenklich dünkt es mich ferner, den Prozeßvergleich für der materiellen Rechtskraft fähig ganz parallel dem Urteile zu erklären, insbesondere in dem Sinne, des „ne bis in idem", sowie seiner Berücksichtigung von Amts wegen (vergl. übrigens hierzu Gaupp-Stein a. a. O. zu § 322). Auch hier scheint mir das Moment ausschlaggebend, daß der Prozeßvergleich doch immerhin ein Parteivertrag ist, und die Parteien in erster Linie den Rechtsstreit in Güte erledigen, nicht aber eine formelle Feststellung des ihm zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses selbst für alle Zeiten und späteren eventuellen Prozesse erzielen wollen; diese Absicht aber wie Paul tut, den Parteien unterzuschieben, ist m. E. nicht den Tatsachen entsprechend. Für den Richter ist dies ja unter Umständen recht bequem, dem Parteiinteresse entspricht dies nicht. Eine Entscheidung in der Sache ist eben nicht erfolgt und gerade, wenn man den Begriff des Prozeßvergleiches zur jedweden vertragsmäßigen Beendigung des Prozesses macht, so tritt dadurch das Motiv, den Prozeß tot zu machen, gegenüber dem der end-

gültigen Feststellung des Rechtsverhältnisses derartig in den Vordergrund, daß es m. E. sehr hart wäre, durch den Vergleich die Möglichkeit einer Entscheidung über das den Gegenstand der Klage bildende Rechtsverhältnis für alle Zeiten definitiv ausschließen zu wollen, zumal wenn wir bedenken, daß der Vergleich nicht notwendig feststellenden, novierenden Charakter zu haben braucht. Doch läßt sich auch darüber eine Ansicht, die sich mit Recht anheischig machen könnte, die allein richtige zu sein, nicht aufstellen. Die Hauptsache ist wohl auch hier eine klar ausgesprochene Willensmeinung des Gesetzes, damit jeder im voraus bestimmt weiß, welche Wirkung die Eingehung eines Prozeßvergleiches für ihn hat.

6. Daß es schließlich gut wäre, die Bestimmung des § 323 der Zivilprozeßordnung auch auf den Prozeßvergleich für anwendbar zu erklären, ist bereits des näheren ausgeführt worden (vergl. oben Seite 147).